

ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN -
BESTANDSAUFNAHME UND
RECHTSPOLITISCHES PROGRAMM

Klaus-Dieter Wagner

1973

ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN -
BESTANDSAUFNAHME UND
RECHTSPOLITISCHES PROGRAMM

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der
Justus Liebig-Universität
Gießen

vorgelegt von
Klaus-Dieter Wagner

München, April 1973

Referent: Professor Dr. Albrecht Dieckmann
Korreferent: Professor Dr. Thilo Ramm

Tag der mündlichen Prüfung: 22. November 1973



III

VORWORT

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der nunmehr jahrzehntealten Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Mit ihr wird der Versuch gemacht - unter weitestmöglicher Berücksichtigung der hier auftauchenden vielfältigen Detailprobleme und unter exemplarischer Verwertung der Bedingungen der volkswirtschaftlichen "Schlüsselindustrie", der Kfz.-Branche - den immer drängenderen Mißständen unbilliger AGB durch eine rechtspolitische Initiative zu begegnen.

Dabei stehen Bestandsaufnahme und darauf basierendes rechtspolitisches Programm ganz im Zeichen des Bemühens, den Schutz der Letztverbraucher und dabei vor allem der großen Masse sozial unterprivilegierter Bevölkerungsschichten vor unbilligen AGB spürbar zu verbessern. Andererseits war die Arbeit aber auch maßgeblich von dem Streben gezeichnet, keine unpraktikablen und unrealisierbaren Lösungen aufzuzeigen; Forderungen wie die nach einem völligen Verbot des Vertragstypus "Allgemeine Geschäftsbedingungen" mußten daher - so sehr sie vom Gedanken eines effektiven Verbraucherschutzes berechtigt sind - außer acht gelassen werden.

Ebenso wird im rechtspolitischen Teil der Arbeit stets versucht, die Chancen der politisch-parlamentarischen Realisierbarkeit konkreter Vorschläge im Auge zu behalten. So ist letztendlich ein Kompromiß entstanden, der auch - schon angesichts des rechtspolitischen Charakters der Arbeit - hier und da Widerspruch und Gegenmeinungen finden kann und muß.

Letztlich ergab sich ein spezifisches Problem dieser Arbeit daraus, daß sie in der Endphase in einen nachgerade "rechtspolitischen Boom" seitens des Schrifttums, vor allem aber auch seitens maßgeblicher Kreise des politischen Lebens geriet.

Dieser Umschlag von einer vormals nahezu ausschließlich deskriptiven Behandlung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu einer - längst überfälligen - rechtspolitischen Offensive war und ist zwar in höchstem Maße erfreulich. Alleine für die vorliegende Arbeit ergaben sich hieraus gewisse Schwierigkeiten, indem ein nahezu abgerundetes Konzept die jüngsten rechtspolitischen Anstöße nachträglich noch zu verarbeiten gehalten war. Indes wurde diese Aufgabe so weitgehend und vollständig wie nur möglich wahrgenommen.

Es wäre Erfolg genug, wenn diese Arbeit mit dazu beitragen könnte, die endlich in Gang gekommene rechtspolitische Offensive gegen einseitige Allgemeine Geschäftsbedingungen zu stützen und weiter voranzutreiben.

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Vorwort	III
Inhaltsverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	IX
 I. KAPITEL:	
Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im heutigen Rechts- und Wirtschaftsleben	1
1. Wirtschaftliche und rechtliche Legitimation für die Verwendung von AGB und ihre Bedeutung im Rechtsverkehr	2
2. Nachteile und Gefahren der AGB insbesondere für den Letztverbraucher	9
 II. KAPITEL:	
Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Spiegel der Rechtsprechung	14
1. Wann werden AGB Bestandteil eines Individual- vertrags?	15
2. Die Auslegung von AGB	18
3. Die besondere AGB-Inhaltskontrolle durch die Recht- sprechung	21
 III. KAPITEL:	
Zur Frage, ob und inwieweit der jetzige Rechtszustand - vor allem im Hinblick auf den gerichtlichen Rechts- schutz des Letztverbrauchers - als befriedigend anzu- sehen ist	28
1. Die Hindernisse auf dem Weg zu einem rechtskräf- tigen richterlichen Entscheid	28
2. Fazit	48
 IV. KAPITEL:	
AGB-Kontrolle aus rechtsvergleichender Sicht	50
1. Frankreich	50

VI

	2. Schweiz	51
	3. Italien	51
	4. USA	53
	5. Niederlande	54
	6. Skandinavische Länder, insbesondere Schweden	55
	7. Israel	55
V. KAPITEL:		
	Abwehrmaßnahmen, die weder gesetzgeberische noch behördliche Initiativen erfordern	58
	1. Selbstorganisation der Verbraucher	58
	2. Selbstkontrolle der Wirtschaft	59
	3. Mehr Wettbewerb mit AGB	59
	4. Sonstige Reformvorschläge	62
VI. KAPITEL:		
	Die vorgeschlagenen gesetzlichen Neuregelungen	63
	1. Vorzüge und Nachteile einer Einschaltung des Gesetzgebers ganz allgemein	63
	2. Spezialgesetze für die einzelnen Wirtschafts- branchen	64
	3. Mehr halbzwingendes Recht	66
	4. Schaffung von Normen, die nur durch Individual- vertrag abdingbar sind	68
	5. AGB-Generalklausel und besonderes AGB-Gesetz	71
	6. Fazit und Überleitung	74
VII. KAPITEL:		
	Möglichkeiten einer besonderen Verwaltungskontrolle für Allgemeine Geschäftsbedingungen	76
	1. Ähnliche Initiativen in den letzten Jahrzehnten	76
	2. Bereits bestehende AGB-Kontrollen durch die Verwaltung	77
	3. Eine staatliche AGB-Genehmigungspflicht und die ihr in der rechtspolitischen Diskussion beigemessenen Vor- und Nachteile	78

VII

4. Stellungnahme	83
5. Staatlicher AGB-Verbotsvorbehalt	106
6. Die rechtspolitischen Vorschläge der ASJ Hessen- Süd und der ASJ Südbayern	107

VIII. KAPITEL:

Ergebnis der Bestandsaufnahme und daraus folgende Leitlinien für eine (Neu-)Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	110
--	-----

IX. KAPITEL:

Die gesetzliche Regelung in Form einer AGB- Generalklausel	112
1. Die Vertragsfreiheit als maßgeblicher Ausgangs- punkt; ihre Wandlungen unter rechtssoziologischen Aspekten	112
2. Verfassungsrechtliche Grenzen für eine gesetzliche Einschränkung der Vertragsfreiheit	119
3. Die bestehende Rechtsprechung als Ausgangspunkt	122
4. Grundsätzliche Bindung an die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts als Kernfrage	123
5. Verstärkte Bindung bei Abweichungen von über- wiegend gerechtigkeitsorientierten Rechtssätzen	131
6. Abgrenzung des maßgeblichen "sachlichen Grun- des" in positiver wie negativer Richtung	148
7. Auch die Interessen der Vertragspartner müssen angemessen berücksichtigt werden	168
8. Geltung der gesetzlichen Regelung für das gesamte Formularwesen, nur für Letztverbraucher-AGB oder nur bei individueller Schutzbedürftigkeit des Vertragspartners?	173
9. Objektive Auslegung der AGB	182
10. Was gilt als AGB im Sinne dieser gesetzlichen Regelung?	182
11. Der abschließende AGB-Gesetzgebungsvorschlag	188

VIII

X.	KAPITEL:	
	Die zusätzliche AGB-Inhaltskontrolle durch die Verwaltung	190
1.	Die "Siebfunktion" der staatlichen AGB-Kontrolle	190
2.	Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz	196
3.	Einzelheiten hinsichtlich Organisation und Funktions- weise dieser AGB-Verwaltungskontrolle	197
4.	Wie ist einer Umgehung dieser staatlichen AGB- Kontrolle zu wehren?	209
5.	Lassen die Erfahrungen mit der bestehenden Staats- aufsicht im Kartell- und Versicherungsaufsichts- recht irgendwelche negativen Schlußfolgerungen für die hier konzipierte AGB-Kontrolle zu?	212
XI.	KAPITEL:	
	Spezialisierung und Konzentrierung der richterlichen AGB-Kontrolle	221
1.	Rechtfertigung für eine spezielle AGB-Rechtsprechung	221
2.	Ausgestaltung dieser speziellen AGB-Rechtsprechung im einzelnen	228
3.	Die Vorlageberechtigten - Staatliche AGB-Kontroll- behörde, Verbraucherverbände und "normale" Zivil- gerichte	232
4.	Die Verbindlichkeit von Urteilen der speziellen AGB-Senate	242
5.	Kritische Überprüfung der aufgezeigten Konzeption	248
6.	Organisatorische und personelle Probleme	252
XII.	KAPITEL:	
	Ausblick	253
	Literaturverzeichnis	255
	Anlage I	265
	Anlage II	269
	Anlage III	271

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. a. O.	am angegebenen Ort
- Abs.	Absatz
AbzG.	Abzahlungsgesetz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADAC	Allgemeiner Deutscher Automobilclub
a. E.	am Ende
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGV	Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher
Anm.	Anmerkung
ÄöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundes- arbeitsgerichts)
Art.	Artikel
ASJ	Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAG	Gesetz über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen vom 31. 7. 1951
BAnz.	Bundesanzeiger
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bau- sparwesen
Bay VGH n. F.	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Amtliche Samm- lung, neue Folge
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Betr.	Der Betrieb
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKA	Bundeskartellamt
Bl.	Blatt
BV	Bayerische Verfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGG	Bundesverwaltungsgerichtsgesetz
C. c. , Cod. civ.	Codice civile (Italien)
Civ.	(Arrêt de la) Cour de Cassation Chambre Civile, Code civile
Col L. Rev	Columbia Law Review
DAR	Deutsches Autorecht
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
Dtsch. JurTag	Deutscher Juristentag
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
EBE	Eildienst Bundesgerichtliche Entscheidungen
EG	Europäische Gemeinschaft
Fa.	Firma
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Foro Ital.	Foro Italiano
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GG	Grundgesetz
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Ausländischer und Internationaler Teil
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
insges.	insgesamt
i. S. d.	im Sinne dieser(s)

XI

J. C. P.	Juris Classeur Periodique
JR	Juristische Rundschau
JUS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
Kfz.	Kraftfahrzeug
km	Kilometer
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
L. Rev.	Law Review (University of California)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
o. ä.	oder ähnliches
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet v. E. Rabel
RdA	Recht der Arbeit
RdK	Das Recht des Kraftfahrers
Rdnr.	Randnummer
Rep. Giur. Ital.	Repertorio generale annuale della Giurisprudenza italiana
RabattG	Rabattgesetz vom 25. 11. 1933
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randzeichen
S.	Seite

XII

SOU	Statens offentliga utredningar
Sp.	Spalte
u. a.	unter anderem
UCC	Uniform Commercial Code (USA)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamts für das Versicherungs- und Bausparwesen
Vgl.	Vergleiche
VersPraxis	Versicherungspraxis
VersR	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VVdStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WZG	Warenzeichengesetz in der Fassung v. 2.1.1968
ZHR	Zentralblatt für das gesamte Handelsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZS	Zivilsenat
ZSchweizR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZugabeVO	Zugabeverordnung vom 9.3.1932
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

DIE ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN IM HEUTIGEN RECHTS- UND WIRTSCHAFTSLEBEN

"Die Parteien entdecken das Kleingedruckte" ¹⁾ - "Mehr Schutz vor Kleingedrucktem" ²⁾ - "Fußangeln im Kleingedruckten" ³⁾ : dies sind nur einige Überschriften aus Zeitungsartikeln der Tagespresse, die innerhalb eines Zeitraumes von nur wenigen Tagen erschienen sind.

Die Veröffentlichungen machen deutlich, daß das Thema "Allgemeine Geschäftsbedingungen" (AGB) ⁴⁾ nunmehr endlich auf der Tagesordnung der Parteien und damit auch der maßgeblichen Staatsorgane, Legislative und Regierung, zu finden ist. ⁵⁾

Der Weg hierhin war weit, die Diskussion vor allem im rechtspolitischen Rahmen schien manchmal schon eingeschlafen, ⁶⁾ der Siegeszug der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unaufhaltsam zu sein.

1) Vgl. Süddeutsche Zeitung v. 24. 5. 72, Wirtschaftsteil.

2) Vgl. Münchner Merkur v. 6. 6. 72.

3) Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 14. 6. 72 S. 17.

4) Eine Legaldefinition für AGB existiert nicht; im Rahmen dieser allgemeinen Ausführungen ist eine exakte juristische Begriffsbestimmung, die im übrigen nicht Gegenstand eines bedeutsamen Meinungsstreits ist, weder erforderlich noch dienlich.

5) Vgl. den "Bericht zur Verbraucherpolitik" der Bundesregierung vom 18. 10. 72, BT-Drucksache VI/2724. Im November 1972 wurde nunmehr schon vom Bundesminister der Justiz eine Kommission ins Leben gerufen, die sich mit einer Neuregelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Formularverträge zu befassen hat. Man erhofft sich von ihr noch in dieser Legislaturperiode konkrete Ergebnisse. Vgl. weiterhin das "Rechtspolitische Programm zum Schutz vor AGB" der Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen (ASJ), Unterbezirk Hessen-Süd, in: ZRP 70, 190 f, sowie den "Entwurf eines Gesetzes über die Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen" der ASJ Unterbezirk Südbayern, ZRP 72, 148 f. Eine Kopie dieses Gesetzentwurfs befindet sich in Anlage I.

6) Wenngleich das Schrifttum zu AGB - zwar in aller Regel auf Detailprobleme beschränkt - mittlerweile fast unübersehbar geworden ist; vgl. die ausführliche Literaturübersicht bei W. Weber, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1967, Anm. zu N 1.

Dabei glaubte man in der Lehre schon von einer Geschichte der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sprechen zu können.⁷⁾ Der Ausgangspunkt dieser geschichtlichen Entwicklung liegt weit zurück; ⁸⁾ zum rechts- und gesellschafts-politischen Problem wurde das Geschäftsbedingungs-wesen jedoch erst mit der explosionsartigen Verbreitung dieser Form der vertraglichen Gestaltung seit Beginn des 20. Jahrhunderts.

Industrialisierung und Technisierung brachten es mit sich, daß der kleine, meist handwerklich ausgerichtete Familienbetrieb abgelöst oder aufgesogen wurde von immer größer werdenden, immer automatisierteren Wirtschafts-unternehmen. Wo früher überwiegend individuelle Leistungen auch ganz selbstverständlich durch individuelle vertragliche Vereinbarung ausgetauscht wurden, werden heute vor allem Massenprodukte gefertigt, die wiederum durch vorgedruckten Massenvertrag den Konsumenten angeboten werden. Der Massen- und Fließbandproduktion entspricht demnach auf vertragsrechtlichem Gebiet der standardisierte Massenvertrag,⁹⁾ der sich geradezu als Spiegelbild der modernen Produktions- und Vertriebsmethoden darstellt.¹⁰⁾

Wirtschaftliche und rechtliche Legitimation für die Verwendung von AGB und ihre Bedeutung im Rechtsverkehr.

1. Die Gründe, die die Verwendung von AGB wirtschaftlich zweckmäßig bzw. notwendig erscheinen lassen, können in drei Hauptgruppen zusammengefaßt werden ¹¹⁾: die Bedürfnisse nach Spezialisierung des Gesetzesrechts, Ratio-nalisierung des Geschäftsbetriebs sowie Verschiebung des Geschäftsrisikos, wobei letzterer Gesichtspunkt von Seiten der interessierten Wirtschaft - mit guten Gründen - nur selten in dieser Offenheit als Rechtfertigungsgrund für

7) Vgl. W. Weber, a. a. O., N. 2.

8) Vgl. hierzu im einzelnen L. Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Neuauflage 1961, S. 26 ff.

9) Vgl. Mroch, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen Nr. 12, 1960, S. 2; Hurst, Inwieweit kann Gesetzesrecht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen abbedungen werden? Diss. Köln 1958, S. 127.

10) Vgl. auch Baur DAR 62, 322; Merz, Länderbericht Schweiz in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung Nr. 41, 1968, S. 68; Otto NJW 73, 297.

11) Vgl. Fikentscher, Schuldrecht, Lehrbuch, 2. Auflage, 1969, § 26 V 5 a.

AGB angeführt wird.¹²⁾

Es wird argumentiert, daß das BGB des Jahres 1900 antiquiert sei, daß es einer Vielzahl heute aktueller wirtschaftlicher Sachverhalte entweder gar nicht¹³⁾ oder nur unzureichend¹⁴⁾ gerecht werde.¹⁵⁾

Da somit die Vereinbarung vom BGB abweichender Vertragsbedingungen geboten sei, ergebe sich hieraus das unabweisbare Bedürfnis, die Vielzahl der nach Vertragstypen aufzugliedernden Rechtsgeschäfte durch vorgefertigte "Vertragsschablonen"¹⁶⁾ zu rationalisieren,¹⁷⁾ um jeweils neue, individuelle und zeitraubende Vertragsverhandlungen zu vermeiden.

Andererseits sei damit die notwendige Elastizität garantiert, da durch Veränderung der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse erforderlich werdende Neufassungen rasch und unverzüglich vorgenommen werden könnten.¹⁸⁾ Die gleichmäßige Verwendung vorformulierter Vertragsbedingungen erleichtere dem Unternehmer zudem die Kalkulation, indem sie seine Risiken berechenbar macht und ihn vor unvorhersehbaren Ansprüchen absichert.¹⁹⁾

Die Streitverhütende Funktion von AGB wird hervorgehoben, die darin besteht, daß für viele denkbare Eventualitäten und Leistungsstörungen detaillierte Rechtsfolgen benannt und zur Verfügung gestellt werden.²⁰⁾

Die Verwendung von AGB erscheint letztlich als zwingende Folge der wirtschaftlichen Entwicklung zu immer größeren Wirtschaftseinheiten bei wei-

12) v. Brunn, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Auflage, 1956, S. 49, deutet diesen Gesichtspunkt z. B. nur indirekt an.

13) Z. B. Leasingverträge.

14) Z. B. die Vielzahl der Treuhand- und Sicherungsgeschäfte.

15) Eingehend zur wirtschaftlichen Rechtfertigung von AGB: v. Brunn a. a. O. S. 27 ff; L. Raiser a. a. O. S. 15 ff.

16) Lindacher BB 72, 296.

17) Vgl. Baur DAR 62, 322; Behnisch WuW 55, 39; Prost BB 55, 1035; Auer, Die richterliche Vertragskorrektur von Standardverträgen, Diss. Bern 1964, S. 2 Fußnote 1. Dagegen neuerdings mit teils beachtlichen Gründen Schreiber NJW 67, 1444 f.; Knieper ZRP 71, 60 ff; Hart, Kritische Justiz 71, 269 ff.

18) Müllereisert, Allgemeine Lieferungsbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand, 1932, Einleitung II.

19) Vgl. L. Raiser a. a. O. S. 20.

20) Vgl. v. Brunn a. a. O. S. 29.

ter fortschreitender Arbeitsteilung. Es wäre der Wirtschaft kaum zumutbar, wenn sie der Masse ihrer Angestellten, die den rechtsgeschäftlichen Kontakt zum Kunden wahrnehmen, die für solche Vertragsverhandlungen erforderliche rechtliche und geschäftliche Ausbildung zu gewähren sowie die entsprechenden umfassenden Vollmachten einzuräumen hätte.

Das geltende Recht vermochte diesen Siegeszug der Geschäftsbedingungen weder in den Griff zu bekommen, noch gar aufzuhalten. Denn die rechtliche Legitimation für vom Bürgerlichen Gesetzbuch abweichende Vertragsgestaltungen liefert das Prinzip der Vertragsfreiheit, das das Privatrecht für grundsätzlich abdingbar erklärt, begrenzt alleine durch die weiten Schranken der §§ 134, 138 BGB.

Da der Gesetzgeber des Jahres 1900 zudem keine Veranlassung sah, vorgedruckte Massenverträge überhaupt, geschweige denn anders als Individualverträge zu behandeln, insbesondere die Abdingbarkeit der Privatrechtsnormen bei der Verwendung von Formularverträgen einzuschränken oder jedenfalls anderen Regeln zu unterstellen, vermochte sich das Geschäftsbedingungswesen durchaus konform mit dem geltenden Recht zu entwickeln.

Diese fast ungehemmte Entwicklung aber war bahnbrechend und führte zu einer Akzentverlagerung innerhalb des Privatrechts.

Im heutigen Wirtschaftsleben nehmen AGB die beherrschende Stellung ein; ihre Zahl läßt sich nicht schätzen.²¹⁾

Allerdings ist die Anzahl materiell divergierender AGB geringer zu erachten, da viele Bedingungen auf Entwürfe der, für die jeweilige Branche zuständigen Interessenverbände der Wirtschaft zurückzuführen sind.²²⁾

Immer seltener werden die Rechtsgeschäfte, für die nur die Vorschriften des BGB Geltung erlangen.²³⁾ Nicht nur Rechtsgeschäfte über höherwertige Leistungen werden durch AGB abgewickelt, sondern auch und vor allem solche der täglichen Bedarfsdeckung wie z. B. Beförderungsverträge, Bezug von Gas, Strom, Wasser etc. Die faktische Verbreitung von AGB hat das BGB zusehends zum mehr theoretischen Schulmodell werden lassen, hat mithin zu einer

21) W. Weber a. a. O. N 63 bis N 174 gibt jedoch eine beispielhafte Aufzählung verschiedenster AGB der einzelnen Branchen.

22) Vgl. Emmerich JUS 72, 361 sowie etwa die AGB der Banken, Speditions- und Verkehrsunternehmen, des gesamten Kfz.-Handels. Vgl. auch für die Schweiz: Merz, Länderbericht Schweiz (Fußnote 10) S. 70.

23) Anders, aber nicht überzeugend: v. Brunn a. a. O. S. 12.

außergesetzlichen Umgestaltung insbesondere des Schuldrechts geführt.²⁴⁾

Es wäre dennoch heute vermessen die Existenzberechtigung von AGB ernsthaft in Zweifel zu ziehen. Man wird mit den AGB weiter leben müssen²⁵⁾ und man würde sich dem Vorwurf der Wirklichkeitsfremdheit aussetzen, wollte man für ihre generelle Abschaffung plädieren.

Das bedeutet aber keinesfalls, daß Resignation gegenüber AGB am Platze wäre: der Massenvertrag ist und bleibt eines der brennendsten Probleme unseres Privatrechts; die eigentliche Problematik liegt dabei aber weniger in dogmatischen Detailfragen als vielmehr im sozialen und gesellschaftspolitischen Bereich. Verantwortlich hierfür ist die in der Wirtschaft bei der inhaltlichen Ausgestaltung der AGB mitentscheidende und nur zu oft allein ausschlaggebende Motivation, zwecks Ausnutzung und Ausweitung der eigenen wirtschaftlichen Macht dem Vertragspartner unbillige, die Grenzen der Rechtmäßigkeit tangierende und überschreitende AGB aufzudrängen.

Unter Berufung auf die Vertragsfreiheit und - da die Bedingungen einseitig und im voraus aufgestellt werden - ohne ein hemmendes Korrektiv wird nicht das Streben nach sachgerechter Differenzierung des Gesetzes sondern das Verlangen, wider Recht und Billigkeit alle Risiken auf den Vertragspartner abzuwälzen zur maßgeblichen Richtschnur des Handelns.²⁶⁾

Diese beherrschende Motivation wird am deutlichsten, wenn man die Einkaufs- und Verkaufsbedingungen ein und desselben Unternehmens einander gegenüberstellt.²⁷⁾

4. Dazu ein Beispiel aus der Praxis, eine Gegenüberstellung der allgemein üblichen Geschäftsbedingungen für den An- und Verkauf von gebrauchten Kraftfahrzeugen.²⁸⁾ Der Vergleich soll sich auf zwei wesentliche Punkte beschränken:

24) Vgl. ASJ, Unterbezirk Hessen-Süd, ZRP 70, 190.

25) Vgl. auch Ott NJW 73, 297; Baur DAR 62, 322 (ein "notwendiges Übel"); Knieper ZRP 71, 62.

26) Vgl. die beispielhafte Aufzählung unbilliger Klauseln bei Mroch a. a. O. S. 3.

27) Vgl. auch Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, 1933, S. 15; Müllereisert a. a. O. Einleitung IV; Klinger Betr. 64, 1633; Koch, Grundlagen und Technik des Vertriebs, 1950, S. 415.

28) Vgl. Abschriften der Formulare in Anlage II.

1.4.1. Abschnitt V der Bedingungen (LIEFERUNG).

Nur zwei ins Auge fallende Unterschiede seien hier erwähnt.

- Einmal die divergierenden Rechtsfolgen einer Nichtlieferung: der Vertragspartner als Verkäufer haftet bereits bei unverschuldetem, achttägigem Überschreiten der Lieferfrist auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Der Händler hingegen muß als Verkäufer Schadensersatz nur leisten bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit und wenn der Liefertermin um mehr als 4 Wochen überschritten ist. Auch bei verständigster Würdigung der Interessen und Risiken des Unternehmers läßt sich ein sachlicher Grund für diese erhebliche Ungleichbehandlung nicht finden. Hier zeigt sich ganz unverhüllt das Streben nach Ausnutzung der eigenen sozialen Macht zu Lasten des schwächeren Vertragspartners als eigentliche und einzige Motivation für diese Klausel.

- Die unterschiedliche Schadensberechnung und Schadenshöhe macht den zweiten Unterschied aus. Nur der Vertragshändler hat als Schadensersatzberechtigter das Recht, statt des tatsächlich entstandenen Schadens 15 % des Kaufpreises als pauschalierten Schadensersatz zu verlangen. Wenn man sich vergegenwärtigt, daß Sinn und Zweck einer Schadensersatzpauschalierung dahin gehen, den Berechtigten besonderer Beweisschwierigkeiten zu entheben, so spricht wiederum alles dafür, diese Erleichterung - wenn überhaupt - allein dem Vertragspartner zu gewähren. Denn der Händler verfügt als intimer Kenner des Gebrauchtwagenmarkts im Gegensatz zum Privatmann über die insoweit benötigten Kenntnisse, Daten (übliche Gewinnspanne!) und Unterlagen. Auch insoweit erscheint daher die Differenzierung willkürlich.

1.4.2. Abschnitt VII (GEWÄHRLEISTUNG).

Während der Unternehmer als Verkäufer jegliche Gewährleistung ausschließt, haftet ihm als Ankäufer eines Fahrzeugs der Vertragspartner nach den scharfen Bestimmungen des BGB.

Für die Berechtigung dieser ganz erheblichen Diskrepanz läßt sich lediglich anführen, daß der verkaufende Privatmann das Fahrzeug mehr oder weniger lange gefahren hat, er daher dessen Fehler (Unfallwagen!) und Tücken in aller Regel gut kennen wird. Dies rechtfertigt jedoch keineswegs die enorme Haftungskrepanz bei unerkannten Fehlern.

Auch ansonsten erscheint es unbillig, hier den Verkäufer bei jeglichen Fehlern auf 6 Monate haften zu lassen und dort - diesmal selbst in der Verkäuferposition - gleich einen totalen Gewährleistungsausschluß zu statuieren. Dabei muß auch berücksichtigt werden, daß der Gebrauchtwagenhändler sowohl über die entsprechenden technischen Kenntnisse als auch über die erforderlichen technischen Einrichtungen verfügt, um den Wagen mit aller Intensität auf etwaige Mängel hin zu überprüfen. Er wird somit in aller Regel sogar einen besseren Einblick in Beschaffenheit und Fehlerfreiheit des

Wagens haben als der technisch unerfahrene Verkäufer.

Dieses Beispiel wirft letztlich ein bezeichnendes Schlaglicht auf eine Wirtschaftsbranche, bei der nicht nur der Kunde sondern ausnahmsweise auch der Vorlieferant der großen Masse der Verbraucher entstammt. Dem entspricht es, daß der Händler sich mit diesen Gewährleistungsklauseln nach beiden Seiten hin völlig abzusichern vermag: Taucht bei einem von ihm verkauften Gebrauchtwagen ein Mangel auf, so kann er sich entweder gegenüber dem Käufer auf den Gewährleistungsausschluß berufen oder aber gegenüber dem Verkäufer die scharfe Mängelhaftung nach §§ 459 ff BGB geltend machen.

1. 5. An diesem - keineswegs extremen - Beispiel wird deutlich, daß das Streben nach Umverteilung der Geschäftsrisiken die eigentliche und beherrschende Motivation für die Verwendung von AGB bildet; ²⁹⁾ demgegenüber treten die vorgeschobenen Spezialisierungs- und Rationalisierungsbedürfnisse in ihrer Bedeutung weit zurück.

Dennoch wäre es aber verfehlt, die Rationalisierungs- und Spezialisierungsvorteile völlig zu negieren.

Zwar vermag das Rationalisierungsbedürfnis für sich alleine die Verwendung der Gestaltungsform "Massenvertrag" nicht zu rechtfertigen. Denn am rationellsten wäre es für die Wirtschaft, die Gesamtheit ihrer Rechtsbeziehungen dem gesetzlichen Privatrecht zu unterstellen; sie wäre damit der Bemühungen um Vertragsgestaltungen völlig entoben. ³⁰⁾ Der Rationalisierungsgedanke erhält erst dann eigene Bedeutung, wenn man die wertende Vorfrage, ob die Regeln des BGB ausreichend und noch zeitgemäß sind, verneint hat. Eine eindeutige Antwort darauf ist angesichts der generalisierenden gesetzlichen Vorschriften einerseits und der unbegrenzten Fülle unterschiedlichster Lebenssachverhalte andererseits nicht möglich. Man kann jedoch grundsätzlich feststellen, daß in einer Vielzahl von Fällen das **BGB** - sei es wegen seiner in manchen Punkten überholten Vorschriften, sei es wegen der umwälzenden technologischen und industriellen Veränderungen seit seiner Entstehung - keine befriedigende Lösung bietet. ³¹⁾

29) Vgl. Emmerich JUS 72, 363; Fischer BB 57, 482; noch schärfer Schreiber, NJW 67, 1444, der alleine auf die Machtfunktion von AGB abstellt.

30) Mit dieser Begründung negiert Schreiber, NJW 67, 1445, die Existenzberechtigung von AGB überhaupt! Dies kann allerdings allenfalls insoweit gelten, als das BGB - wie in den meisten Fällen - den speziellen Vertragstypus tatsächlich regelt.

31) Vgl. auch Fischer BB 57, 482.

Immer dann ist in der Tat die Forderung anzuerkennen, die erforderlichen spezielleren Bestimmungen bereits im voraus einheitlich für den betreffenden Geschäftstypus aufzustellen. So verstanden läßt sich die Verwendung von AGB mit Rationalisierungs- und Spezialisierungsgesichtspunkten durchaus auch rechtfertigen.

Die besondere Problematik Allgemeiner Geschäftsbedingungen läßt sich auch nicht mit dem Hinweis aus der Welt schaffen, daß einseitige, zu Lasten schwächerer Vertragspartner gehende Vertragsgestaltungen ebensogut durch Individualvertrag erreicht werden könnten. Denn es ist um ein vieles schwieriger, in individuellen Vertragsverhandlungen mit einem Kunden die eigene Haftung weitgehendst auszuschließen bei gleichzeitiger schärfster und folgenreicher Bindung des Kontrahenten an dessen umfangreiche Vertragsverpflichtungen, überhaupt ein Vertragswerk mit einseitiger Lasten- und Risikenteilung beim Kunden durchzusetzen.³²⁾ Gerade die anonyme, gesetzesähnliche Form der AGB, die schon von ihrem Äußeren (kleingedruckt) und zu meist auch von ihrer inhaltlichen Ausgestaltung her (verklausuliertes Juristendeutsch) darauf angelegt ist, von Kunden nicht vor Vertragsschluß begutachtet zu werden, ermöglicht die weitgehende Abwälzung der Geschäftsrisiken.

Damit resultiert die Hauptgefahr der AGB nicht aus der Tatsache ihrer Verwendung und Verbreitung,³³⁾ sondern aus ihrer regelmäßig einseitigen inhaltlichen Ausgestaltung.³⁴⁾

Der Grad der anzutreffenden Einseitigkeit richtet sich vornehmlich nach machtpolitischen Gesichtspunkten. Das hat zur Folge, daß z. B. auch im Verhältnis der Unternehmer zueinander der wirtschaftlich Überlegene in aller Regel dem Vertragspartner seine eigenen Bedingungen zu diktieren vermag. Seine Kompromißbereitschaft verhält sich direkt proportional zur wirtschaftlichen Macht und Bedeutung seines Kontrahenten.

32) Vgl. auch Schmidt-Salzer NJW 71, 1010; Hurst a. a. O. S. 124; Haupt, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 105, 1937, S. 73.

33) Zumindest theoretisch vermag der Verbraucher auch von der Verwendung von AGB zu profitieren, sofern nämlich die erlangten Rationalisierungsvorteile auf den Preis durchschlagen.

34) Ähnlich Biedenkopf, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Festschrift für Franz Böhm, S. 122; Stoldt, Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentags, Streitgespräch II E 12.

Daraus resultiert in diesem Bereich die rechtspolitisch ungesunde, in einer freien Wirtschaftsordnung allerdings kaum vermeidbare Risikoverteilung: dem sowieso schon sozial schwächeren Unternehmen werden Geschäftsrisiken so weitgehend wie möglich aufgebürdet. Hier wird deutlich, daß auch die AGB mitverantwortlich zeichnen für den Trend zur wirtschaftlichen Konzentrierung und Monopolisierung.

Nachteile und Gefahren der AGB insbesondere für den Letztverbraucher. Wesentlich gravierender noch werden die Gefahren, die aus der Verwendung von AGB resultieren, bei dem hier eigentlich interessierenden Verhältnis zwischen Wirtschaft und Letztverbraucher.

Das ergibt sich einmal daraus, daß in diesem Verhältnis das Machtgefälle als mitentscheidendes Kriterium ³⁵⁾ für die Ausgewogenheit von AGB noch krasser ist. Andere gewichtige Umstände treten hinzu, die die Rechtsstellung des Verbrauchers weiter verschlechtern, seinen Schutz vor einseitigen AGB nahezu aufheben und die letztlich dazu geführt haben, daß der Widerstand gegenüber unbilligen AGB zu erlahmen droht. ³⁶⁾

Oft kennt der Verbraucher das auf der Rückseite der Rechnung befindliche oder in den Geschäftsräumen einsehbare "Kleingedruckte" überhaupt nicht. ³⁷⁾ Er weiß zwar, daß es möglicherweise für ihn von Bedeutung sein kann, daß er es gegen sich gelten lassen muß, hofft aber andererseits nach dem Motto: "es wird schon gutgehen!", daß das Rechtsgeschäft ohne Komplikationen abgewickelt werde. ³⁸⁾

Selbst wenn der Kunde die kleingedruckten Bedingungen ausnahmsweise durchlesen sollte, so versteht er oft vieles von dem dort "Vereinbarten" nicht und kann es auch garnicht verstehen. ³⁹⁾ Denn verantwortlich für die

35) Vgl. auch Hildebrandt AcP 143, 328; Meyer-Ladewig MDR 63, 726; Klinger Betr. 64, 1634.

36) Geradezu vermissen mutet es an, wenn v. Brunn (a. a. O. S. 4) behauptet, daß es ein "starkes Vertrauen" gegenüber den gedruckten Bedingungen gebe, daß Fragen und Anstände nur selten anzutreffen seien.

37) Vgl. Schoreit MDR 64, 206 sowie die Entscheidung BGH NJW 69, 233.

38) Vgl. Naendrup, Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1966, S. 62; Diedrichsen ZHR Bd. 132 (1969), 240; Staudinger-Coing, Allgemeiner Teil, Band 1, 11. Auflage, 1957, § 119 Anm. 48.

39) Vgl. auch Hauss, Länderbericht Deutschland, in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. Fußnote 10) S. 14; Großmann-Doerth a. a. O. S. 11.

Formulierung der Bedingungen zeichnen meist einschlägig erfahrene Kautelarjuristen, die sich des für den Durchschnittsbürger kaum verständlichen "Juristendeutsch" bedienen. Welcher rechtlich unvorbelastete Käufer vermag z. B. hinter der Formulierung "Erfüllungsort ist der Sitz des Verkäufers" zu erkennen, daß damit über § 29 ZPO der Gerichtsstand festgelegt wird? ⁴⁰⁾

Auch psychologische Erfahrungen und Erkenntnisse stehen bei der Abfassung der Geschäftsbedingungen Pate: so werden dem Kunden, rein formal, durchaus auch Rechte zugestanden. Nur entpuppen sich diese Rechtspositionen im Ernstfall meist als wertlos, sei es, daß sie infolge kalkulierter Beweisschwierigkeiten nicht durchsetzbar sind, sei es, daß sie an kaum erfüllbare Voraussetzungen wie etwa das Schriftformerfordernis bei Nebenabreden gekoppelt werden. ⁴¹⁾

Nicht selten ist es sogar Methode, die AGB so unklar wie möglich zu fassen, ⁴²⁾ sodaß sogar der geschäftlich und juristisch Erfahrene die gelegten Fußangeln nicht zu erkennen vermag.

Aber selbst wenn ein Käufer die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite einer Klausel erfaßt, so ist deren Abdingung regelmäßig unmöglich. ⁴³⁾ Dies ist nur ausnahmsweise dort möglich, wo es sich um einen sog. "guten Kunden" handelt; "gut" ist der Kunde aber in aller Regel wiederum nur deshalb, weil er dem Unternehmer bereits gute Geschäfte gebracht hat und voraussichtlich noch bringen wird. Damit wird aber lediglich die Regel bestätigt, daß Veränderungen an AGB nur bei Vorhandensein einer "sozialen Gegenmacht" möglich sind.

40) Vgl. Meyer-Ladewig MDR 63, 724/725, der im übrigen die Machtlosigkeit des "kleinen Mannes" gegenüber AGB in besonders eindrucksvoller Weise schildert.

41) Vgl. Hurst a. a. O. S. 79. Diese Abfindung mit Scheinrechten zeigt sich sehr deutlich bei den gängigen AGB der Kfz.-Branche. Da hier nicht der Platz ist, dies im einzelnen darzustellen, sei nur auf die, gerade unter diesem Blickwinkel von v. Lüpke vorgenommenen Untersuchungen der AGB für den Gebrauchtwagenverkauf verwiesen, BB 56, 609 f; BB 57, 169 ff.

42) Exemplarisch die Entscheidung BGH Az. VIII ZS 30/71 v. 19. 4. 72: Sofern AGB "bewußt schwer verständlich" abgefaßt sind, so können sie bei gerichtlicher Kontrolle als rechtsunwirksam angesehen werden.

43) Vgl. Yadin, Legislative Control of Standard Contracts, in: Richterliche Kontrolle ... (vgl. Fußnote 10) S. 147.

Die große Masse der Verbraucher hingegen steht alleine vor der Alternative: Kauf bei unveränderter Geltung der vorgelegten AGB oder Kaufverzicht,⁴⁴⁾ denn Ausweichmöglichkeiten auf Konkurrenzunternehmen bestehen regelmäßig nicht,⁴⁵⁾ da deren AGB meist gleichlautend oder jedenfalls im wesentlichen ähnlich sind.⁴⁶⁾ Damit erhalten die AGB in der Rechtspraxis den Charakter von zwingendem Recht.⁴⁷⁾ Diese Entwicklung ist besonders bedenklich in einer Zeit, da der Verbraucher infolge Arbeitsteilung sowie Rationalisierung und Spezialisierung des Arbeitsprozesses sich hinsichtlich seiner Existenzbedürfnisse in einer gesteigerten Abhängigkeit zur Wirtschaft befindet.⁴⁸⁾ Wenn man weiter berücksichtigt, daß der Verbraucher - als regelmäßig sowieso schon schwächstes Wirtschaftssubjekt - am Ende der Kette des Güterumsatzes steht, daß er Verluste nicht abzuwälzen und Risiken in aller Regel nicht zu versichern vermag,⁴⁹⁾ so wird das ganze Ausmaß der Misere deutlich.

Auf lange Sicht am bedenklichsten erscheint die zu beobachtende zunehmende Gewöhnung der Verbraucher an einseitig gestaltete AGB.⁵⁰⁾ Man könnte fast von Fatalismus sprechen: man verdammt das "Kleingedruckte" zwar lauthals, fügt sich aber dennoch in das scheinbar Unumgängliche. Die

44) Vgl. Emmerich *JUS* 72, 361 mit dem besonders aufschlußreichen Hinweis auf die AGB der Banken; es gilt das Prinzip: "take it or leave it". Von einer seltenen Ausnahme im Kfz.-Handel aber berichtet Clemm, *Die allgemeinen Geschäftsbedingungen des westdeutschen Kraftfahrzeughandels unter besonderer Berücksichtigung der Abzahlungsverkäufe*. Diss. Würzburg 1958 S. 1: Nach Auskunft des Zentralverbandes für den Kraftfahrzeughandel soll es vereinzelte ländliche Gebiete geben, in denen sich kein Käufer auf irgendwelche AGB einläßt, sodaß die Verkäufer, wenn sie überhaupt Geschäfte machen wollen, sich hierauf einlassen müssen.

45) Vgl. auch Gudian *ZRP* 72, 147.

46) Die AGB im gesamten Kfz.-Handel gehen z. B. auf einen, zwar unverbindlichen Entwurf des betreffenden Verbandes zurück, der wiederum in den wesentlichen Punkten auf den, mittels Zwangskartell verordneten Einheitsbedingungen aus dem Jahre 1938 aufbaut, vgl. dazu Fischbach *RdK* 38, 60 ff; v. Brunn *DAR* 67, 149 ff.

47) Vgl. Koch *DR* 44, 168; Fischer *BB* 57, 482.

48) Vgl. Hurst a. a. O. S. 31.

49) Vgl. Roquette *JW* 38, 546.

50) Knieper *ZRP* 71, 67: "Die AGB lassen dumpfe Gewöhnung an die Stelle von Kommunikation treten".

AGB werden als notwendiges Übel, gewissermaßen als Appendix der Ware betrachtet: der Kaufentschluß wird vor allem durch Preis und Qualität der Leistung motiviert.

Ganz in dieselbe Richtung zielt die zu beobachtende Tatsache, daß immer wieder Diskussionen darüber aufkeimen, ob bestimmte AGB-Klauseln bereits ein solches Gewicht erlangt haben, daß sie als Gewohnheitsrecht oder als Verkehrssitte zu qualifizieren seien.⁵¹⁾

Jedenfalls aber läßt die fortgesetzte, nahezu ungestörte Anwendung der AGB ihren einseitigen Inhalt immer selbstverständlicher werden, suggeriert dem "Vertragsunterworfenen" neue Begriffe von Recht und Gerechtigkeit und droht schließlich sogar als Verkehrssitte Geltung per se zu erzwingen.⁵²⁾

Mit der zunehmenden Gewöhnung an einseitige AGB geht eine Störung des Rechtsbewußtseins beim Bürger einher: Zum einen wird ihm die Beschäftigung mit den grundsätzlichen, ihn betreffenden Rechtsfragen fremd, da ihm das Aushandeln eines Vertrags mittels AGB-Diktat abgenommen wird; der Legitimationsschein der vorgedruckten Vertragsordnung läßt jede Verhandlungsmöglichkeit bereits im Keime ersticken.⁵³⁾ Damit aber wird der Bürger zu Unmündigkeit und Apathie angehalten und erzogen, wird er auch in diesem Bereich angepaßt und den herrschenden sozialen Mächten und Apparaten gefügig gemacht.

Andererseits verliert der Bürger das Vertrauen in eine Rechtsordnung, die ihre eigene Aushöhlung zuläßt⁵⁴⁾ und die die Bildung eines "selbstgeschaffenen Rechts der Wirtschaft",⁵⁵⁾ einer "Gesetzgebung ohne Gesetz",⁵⁶⁾ einer "Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft",⁵⁷⁾ eines "Anti-BGB's der Geschäftsjuristen"⁵⁸⁾ als rechtens anerkennt.

Die AGB müssen auch im Zusammenhang gesehen werden mit der ausufernden, zunehmend suggestiven und manipulierenden Werbung: auf der einen Seite wird der Kunde mit den raffiniertesten Werbungstricks und unter Ausnutzung tiefspsychologischer Erkenntnisse, die oft nur die Aufgabe haben,

51) Vgl. die Ausführungen von W. Weber a. a. O. N 197 bis 208; Helm JUS 65, 124 f.

52) Vgl. Helm JUS 65, 123.

53) Vgl. Knieper ZRP 71, 66.

54) Emmerich JUS 72, 368; Hurst a. a. O. S. 74.

55) Der Ausdruck wurde von Großmann-Doerth a. a. O. geprägt.

56) Eilles ZZP Bd. 62 S. 3.

57) Rühl, Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft, 1931.

58) Großmann-Doerth a. a. O. S. 16.

nicht vorhandene Bedürfnisse künstlich zu wecken, umworben und umgarnt; bis zum Zuschlag ist der Kunde in der Tat noch "König". Auf der anderen Seite wird er jedoch - wenn er sich gebunden hat - durch ein rechtliches Instrumentarium, das im Bedarfsfall eingesetzt wird, rigoros ausgebeutet.

Am schwersten ausgenutzt durch AGB wird die Masse der rechtlich und geschäftlich unerfahrenen Bürger, mithin diejenigen, die in aller Regel sowie so schon zu den sozial unterprivilegierten Schichten zu zählen sind. Eine am Sozialstaatsprinzip orientierte Rechtsordnung sollte und muß diesem Gesichtspunkt endlich die gebührende Aufmerksamkeit schenken.

Die negativen volkswirtschaftlichen Auswirkungen von einseitigen Geschäftsbedingungen lassen sich rein rechnerisch nicht erfassen. Jedoch besteht Grund zu der Annahme, daß vor allem durch das Kernstück jeglicher AGB - Haftungs- und Gewährleistungsbeschränkungen für Hersteller und Verkäufer - der volkswirtschaftlich schädliche ⁵⁹⁾ Effekt erzielt wird, daß der für etwaige Mängel eigentlich Verantwortliche durch die Abwälzung aller Risiken mittels AGB gleichsam zur Nachlässigkeit "ermuntert" wird. ⁶⁰⁾

Zusammenfassend: Wirtschaftliche Bedürfnisse für die Verwendung von AGB sind nicht von der Hand zu weisen; ihre formalrechtliche Legitimation kann nicht bestritten werden. In Anbetracht der ökonomischen Realitäten erscheint es auch aussichtslos, den Gebrauch dieses Vertragstyps schlechthin zu bekämpfen.

Andererseits ergeben sich jedoch gerade für die große Masse der Letztverbraucher erhebliche Gefahren aus der regelmäßig einseitigen, inhaltlich oft unbilligen Ausgestaltung der AGB.

So besteht auch im Schrifttum nahezu Einigkeit darüber, daß wirksame Korrektive dringend geboten sind.

59) Vgl. Schreiber NJW 67, 1443/1444; Großmann-Doerth S. 14.

60) Vgl. auch Hurst a. a. O. S. 86. Wenn demgegenüber Friedel, Die Lieferbedingungen des Kraftwagenhandels und der Kraftwagenindustrie, Diss. Tübingen, 1939, S. 41, kritiklos die Begründung der Industrie referiert, daß die einseitige Abfassung der AGB ein "erzieherisches Moment" für die Kunden enthalte, so muß dem energisch widersprochen werden. Diese "Erziehung" soll darin bestehen, daß der Kunde zur fürsorglichen Behandlung seines Kfz. angehalten wird, weil er wisse, daß er für Schäden selbst aufzukommen habe!

DIE ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN IM SPIEGEL DER RECHTSPRECHUNG

Auch die Rspr. konnte die dargestellten Gefahren nicht negieren, zumal die Bekämpfung der Auswüchse des "Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen" nahezu ausschließlich auf ihren Schultern ruhte.

Ihre Haltung gegenüber AGB war jedoch im Laufe der Zeit Schwankungen unterworfen. Die anfänglich grundsätzliche Förderung wich angesichts der evident werdenden Gefahren einer zusehends kritischeren Einstellung.¹⁾

So vermag man heute bereits von "richterrechtlich gesetzten Sonderregeln" ²⁾ für AGB sowie davon zu sprechen, daß unter rechtsvergleichenden Aspekten der, von der deutschen Rechtsprechung eingeschlagene Weg am aussichtsreichsten erscheine.³⁾

Im Rahmen dieser Arbeit kann und muß eine abgekürzte, in der Form eines Überblicks gehaltene Darstellung dieser Rechtsprechungsentwicklung genügen.⁴⁾

Insgesamt sind von der Rspr. drei Stoßrichtungen gegen unbillige AGB herausgearbeitet worden:⁵⁾

1. Wann werden AGB Bestandteil eines Individualvertrags?
2. Wie sind AGB auszulegen?
3. Welche besonderen Regeln gelten für die inhaltliche Überprüfung von AGB?

1) Vgl. v. Hippel ZRP 72, 110; Rehbinder, Das Kaufrecht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1970, S. 22 f; Hauss, Länderbericht Deutschland, in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 13 ff.

2) Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der NJW, Heft 11, 1971, Rz. 1.

3) Zweigert, Diskussionsbericht in: Richterliche Kontrolle ... (vgl. Fußnote 1) S. 174.

4) Sehr ausführlich zu diesem Thema sind die Darstellungen bei W. Weber, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1967, N 181 ff; derselbe Betr. 70, 2355 ff, 2417 ff, Betr. 71, 129 ff, 177 ff; Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 17 ff.

5) Vgl. auch Raiser, Generalreferat in: Richterliche Kontrolle ... (vgl. Fußnote 1) S. 127; Helm JUS 65, 122.

1. Die Frage, wann AGB Bestandteil des jeweiligen Individualvertrags werden, setzt zunächst einmal Klärung des Problems ihrer Rechtsnatur voraus. Hätte man sie als objektives Recht zu qualifizieren, so könnten sie wie dieses unmittelbare Geltung für die jeweiligen Einzelverträge beanspruchen.
- 1.1. Von Individualvereinbarungen unterscheiden sich AGB vor allem durch ihren generellen Charakter, durch die ihnen zgedachte Funktion, für eine noch unbestimmte Anzahl zukünftiger Einzelverträge wirksam zu werden. Insoweit sind sie jedenfalls funktionell staatlich gesetztem Recht vergleichbar.⁶⁾

Diese rein rechtssoziologische Betrachtung der AGB hat Eingang gefunden in die Rspr. des RG, derzufolge es sich bei Geschäftsbedingungen "kaum noch um eine echte vertragliche Regelung, als vielmehr um eine Unterwerfung unter eine fertig bereit liegende Rechtsordnung" ⁷⁾ handle. Allein von dieser rechtssoziologischen Warte aus ist dieser Rspr. zuzustimmen.⁸⁾ Entscheidend ist jedoch die, auf einer ganz anderen Ebene liegende rechtsdogmatische Einordnung der AGB.⁹⁾ Angesichts der den AGB-Aufstellern fehlenden Rechtsetzungsbefugnis ¹⁰⁾ einerseits und in Anbetracht des verfassungsmäßigen staatlichen Gesetzgebungsmonopols ¹¹⁾ andererseits be-

6) Ähnlich Emmerich JUS 72, 363; Fischer BB 57, 484 : die AGB sind das Privatesetzbuch der jeweiligen Wirtschaftszweige.

7) RG DR 41, 1210 ff 1211 (mit zustimmender Anmerkung von Kersting); RGZ 170, 240; 171, 48; zunächst folgend der BGH, BGHZ 1, 86; sowie heute noch z.B. Helm JUS 65, 121 ff.

8) Vgl. W. Weber, NJW 68, 3.

9) Vgl. Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Neuauf-lage 1961, S. 76. Das Dilemma, resultierend aus dem Gegensatz zwischen überkommener Vertragslehre und der funktionellen Vergleichbarkeit von AGB mit objektivem Recht wird besonders deutlich bei Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 1965, § 37, 1 : einerseits sieht er den Widerspruch zur Vertragslehre und lehnt folgerichtig die Theorie der vertraglichen Verweisung ab. Andererseits vermag er sich jedoch auch nicht auf den Rechtsnormcharakter von AGB festzulegen und weicht vielmehr in die Erklärung aus, daß die einseitig aufgestellten Regeln gelten, "weil für den bestimmten Kreis von Geschäftspartnern die Geltung von AGB von Rechts wegen anerkannt ist". Vgl. auch Rehbinder a. a. O. S. 19.

10) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, 10. Auflage, 1970, S. 68 Fußnote 1 nennt es treffend Normanmaßung.

11) Vgl. Naendrup, Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1966, S. 33.

steht heute jedoch in Rspr. und Literatur nahezu Übereinstimmung über den Vertragscharakter von AGB.¹²⁾

Der BGH hat sich von der mißverständlichen Formulierung des RG¹³⁾ distanziert, den AGB Normcharakter ausdrücklich abgesprochen und - allerdings nicht viel weniger mißverständlich - von einer "allgemein festgelegten Vertragsgrundlage" gesprochen.¹⁴⁾

Dementsprechend ist - und auch über diesen Ausgangspunkt besteht in Rspr. und Literatur nahezu Einigkeit - grundsätzlich ein rechtsgeschäftliches Bindeglied erforderlich, um die jeweiligen AGB in den Individualvertrag einzuführen.

2. Problematisch jedoch ist, welche Anforderungen an dieses rechtsgeschäftliche Bindeglied zu stellen sind und - damit korrespondierend - die Frage, was der Unternehmer zur Bekanntgabe seiner AGB mindestens veranlassen muß, um den Kunden auch ohne ausdrückliche Zustimmung an sie zu binden. Die Rspr. begnügt sich insoweit - unter weitgehender Zustimmung der Literatur¹⁵⁾ - mit der Erfüllung nur geringer Voraussetzungen.¹⁶⁾ So erscheint es insbesondere in manchen Fällen¹⁷⁾ geradezu vermessen, noch von einer "Willenserklärung"¹⁸⁾ des Kunden zu sprechen.¹⁹⁾

Diese Rechtsprechung läßt sich dahingehend zusammenfassen, daß AGB bereits dann Bestandteil eines Individualvertrags werden, wenn der Gegner des Aufstellers weiß oder bei gehöriger Sorgfalt doch wissen muß,²⁰⁾ daß der andere

12) Vgl. die eingehende Darstellung des Meinungsstands bei Naendrup a. a. O. S. 32/33. Neuerdings wieder für Rechtsnormqualität: Rehbinders a. a. O. S. 21.

13) RG DR 41, 1211; dem RG folgte die Rspr. bis 1955.

14) BGHZ 17, 2/3. Vgl. auch insoweit die ausführlichen Rechtsprechungs- und Literaturhinweise bei Mroch, S. 11, Fußnote 38.

15) Haus, Vereinbarung von Geschäftsbedingungen zwischen den beteiligten Interessentengruppen, Diss. Bonn 1936, S. 7; Fikentscher BB 61, 298; Krause BB 55, 265; Stoldt MDR 51, 141; W. Weber a. a. O. N 227; Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 24.

16) Vgl. RGZ 103, 405; 114, 282; 129, 147 ff; BGH BB 51, 456; BGH NJW 52, 499; BGHZ 7, 191.

17) LG Frankfurt MDR 56, 616; BGHZ 3, 203.

18) Wenngleich die Rspr. dieses Bindeglied ausdrücklich als Willenserklärung qualifiziert, vgl. BGHZ 17, 2.

19) Vgl. Helm JUS 65, 124 f; W. Weber Betr. 70, 2361, 2423 ff.

20) Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 24 spricht von der "wissen müssen"-Formel.

Teil Geschäftsbedingungen aufgestellt hat und sie auch dem betreffenden Vertrag zugrundelegen will. Widerspricht er unter diesen Umständen der Einbeziehung der AGB nicht, so werden diese automatisch Inhalt des Vertrages ohne daß eine Kenntnisnahme der einzelnen Bedingungen erforderlich wäre.²¹⁾ Mangelnde Kenntnis von Existenz und Inhalt der AGB ist insbesondere dort unschädlich, wo ihre Verwendung branchenüblich ist und allgemein vorausgesetzt werden kann.²²⁾

Die Rspr.²³⁾ setzt jedoch Grenzen: überraschende oder unübliche Klauseln, d.h. Klauseln mit denen der "normale" Vertragspartner nicht zu rechnen brauchte, werden nur aufgrund ausdrücklicher Verweisung Vertragsbestandteil.

Diese gesamte Rspr. ist gekennzeichnet von dem fast krampfhaft anmutenden Bemühen, sich durch die dogmatischen Einordnungsschwierigkeiten einerseits und die widerstreitenden Bedürfnisse von Wirtschaft und Verbraucher andererseits zu einem einigermaßen akzeptablen Kompromiß hindurchzulavieren. Dem grundsätzlichen Bekenntnis zum klassischen Vertragsmodell auch bei AGB folgen stark einschränkende Detailregelungen, die wiederum die Grenzen zwischen Vertragsrecht und objektivem Recht nahezu verschwimmen lassen.²⁴⁾

Nachdem jedoch die hieraus für den Verbraucher resultierenden Gefahren auch für die Rspr. offenbar wurden, hat man das Ruder wieder - ein wenig - herumgerissen und die fiktive Unterwerfungserklärung auf die Klauseln beschränkt, mit denen der "redliche Geschäftsverkehr ohne weiteres rechnen muß".²⁵⁾

21) Die Literatur unterstützt grundsätzlich diese Tendenzen, die Einbeziehung von AGB in Individualverträge zu erleichtern. Vgl. dazu ausführlich: Mroch a. a. O. S. 7 ff; Raiser a. a. O. S. 76 ff; Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 24 - 83.

22) Vgl. OLG Stuttgart JZ 51, 135; Fikentscher BB 61, 299; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 15. Auflage, 1960, § 163, VI 3 c. Das enge Abhängigkeitsverhältnis zwischen sozialer Macht und AGB wird hier besonders deutlich, indem Branchenüblichkeit vorzugsweise bei Großunternehmen angenommen wird, vgl. Raiser a. a. O. S. 201; Knieper ZRP 71, 61.

23) RGZ 103, 84; 112, 253; RG JW 31, 1958; BGHZ 17, 3; 47, 210 f.

24) Raiser (a. a. O. S. 148 ff) bezweifelt folgerichtig, ob es sich hier überhaupt noch um Verträge handelt, während Mroch (a. a. O. S. 11) die "Unterwerfung" als Rest einer Mitwirkung des Kunden wertet.

25) BGHZ 17, 3.

3. Aus rechtspolitischer Sicht ist hierzu festzustellen, daß die Frage, wann AGB Bestandteil eines Individualvertrags werden, ein wenig geeigneter Ansatzpunkt für eine wirksamere Bekämpfung unbilliger AGB ist.²⁶⁾ Größere Effektivität wäre insoweit allenfalls zu erlangen, wenn man hier zur klassischen Vertragstheorie zurückfände²⁷⁾ und immer und ausnahmslos eine echte rechtsgeschäftliche Willenserklärung für erforderlich erachtete. Es ist aber nicht nur so, daß damit der Geschäftsverkehr wieder erheblich kompliziert werden würde²⁸⁾ und mancherlei anzuerkennende Rationalisierungsvorzüge verloren gingen: es stünde vielmehr auch mit Sicherheit zu erwarten, daß die Einbeziehung von AGB gleichsam als "lästige Pflichtübung" rein mechanisch absolviert werden würde. Die eigentliche Ursache des Mißstandes, die inhaltliche Unausgewogenheit von AGB, bliebe nahezu unberührt. Andererseits ist auch der von der Rspr. entwickelten Fiktion, daß der Kunde sich nur den nicht unbilligen Bedingungen unterwirft, aus dogmatischer Sicht mit erheblichen Bedenken zu begegnen. Im Grunde genommen handelt es sich hier um eine verkappte Inhaltskontrolle,²⁹⁾ die im übrigen - wie alle von der Rspr. entwickelten Korrektive - nur in den sehr seltenen Fällen einer gerichtlichen Kontrolle zum Tragen kommt.³⁰⁾ Nichtsdestotrotz sind solche dogmatischen Bedenken derzeit, da noch keine wirksameren Kontrollinstrumentarien zur Verfügung stehen, im vorrangigen Interesse des Verbraucherschutzes zurückzustellen.
- In Anbetracht der mit Rspr. und h. L. angenommenen Vertragsqualität von AGB sollten eigentlich keine Bedenken bestehen, daß sich auch die Auslegung nach den für Individualvereinbarungen entwickelten Grundsätzen vollzieht. Diese vermeintlich zwingende Schlußfolgerung geht jedoch fehl. Denn die Rspr. hat gerade hinsichtlich der Auslegung von AGB besondere Aktivitäten entfaltet. Ergebnis dieser Bemühungen ist ein Konglomerat spezieller AGB-Auslegungsgrundsätze.
- 1.1. So vermochte Raiser³¹⁾ schon 1935 zu erklären, daß die **Regel**, wonach Un-

26) Vgl. auch W. Weber a. a. O. N 333.

27) Diesen Weg schlägt Schoreit vor, MDR 64, 206.

28) Man stelle sich die praktischen Schwierigkeiten z. B. im Bereich der öffentlichen Verkehrsmittel oder in Großkaufhäusern vor! Vgl. auch Larenz, a. a. O. S. 67 Fußnote 2.

29) Vgl. Mroch a. a. O. S. 15.

30) Dazu eingehend unten, Kapitel III.

31) a. a. O. 1. Auflage 1935, S. 265.

klarheiten in AGB zu Lasten des Aufstellers gehen,³²⁾ "zur juristischen Hausapotheke eines jeden Amtsrichters" gehöre. In ähnlicher Form rechnet Schmidt-Salzer das Restriktionsprinzip, das eine "enge" bzw. "strenge" Auslegung von Einschränkungen der gesetzlich normierten Rechte verlangt, zum "Standardrepertoire" der Gerichte.³³⁾

Die Bildung besonderer Regeln für die Auslegung von AGB wurde entscheidend begünstigt durch die schon frühzeitig von der Rspr. anerkannte grundsätzliche Revisibilität von Geschäftsbedingungen.³⁴⁾ Der BGH hat die freimütigste Begründung hierfür nachgeliefert: AGB seien revisibel, weil sie nicht den Charakter spezieller vertraglicher Vereinbarungen, sondern den einer Rechtsordnung tragen.³⁵⁾

Hier wird deutlich, wie die Rspr. die nicht umgehbbare Ablehnung der Normqualität von AGB in der praktischen Rechtsanwendung nahezu aufhebt und AGB wieder in die Nähe von Rechtsnormen rückt.

Diese Tendenz zeigt sich in gleicher Weise an dem von der Rspr.³⁶⁾ entwickelten Grundsatz, daß AGB objektiv, d. h. unter Beschränkung auf den Wortlaut und unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände

32) Vgl. RGZ 91, 324; 102, 114; RG JW 26, 1330; RG JW 28, 1737. Aus der Rspr. des BGH: BGH BB 52, 329; BGHZ 5, 115; 13, 127. Aus der Literatur stellvertretend für alle: Nastelski DRiZ 55, 214. Dieser Gedanke ist im italienischen Recht bereits kodifiziert, vgl. Art. 1370 Cod. civ.

33) Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 119. Zum Grundsatz der engen Auslegung Beispiele aus der Rspr.: BGHZ 22, 96; BGH BB 71, 415; OLG Karlsruhe Betr. 68, 2168; OLG Schleswig VersR 56, 445. Ausführlich auch: W. Weber a. a. O. N 321 ff.

34) Vgl. RGZ 1, 302; 2, 123; grundlegend dann RGZ 81, 117 ff. Der BGH hat diese Rspr. fortgeführt: BGHZ 1, 85; 17, 1 ff. Es wird jedoch die Einschränkung gemacht, daß die AGB über den Bereich eines OLG-Bereichs hinaus Verbreitung gefunden haben müssen, bzw. nicht lokal begrenzt sein dürfen, vgl. BGH NJW 61, 213; BGH NJW 63, 2227. Gegen diese, praktisch wichtigsten Einschränkungen Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 123.

35) BGH WM 66, 450; BGHZ 8, 56.

36) Vgl. RGZ 155, 28; 171, 47 ff; BGHZ 7, 368; 33, 218.

auszulegen sind.³⁷⁾ Dabei ist auszugehen vom Willen "verständiger und redlicher Vertragspartner".³⁸⁾

Als Begründung wird angeführt, daß AGB eben nicht das Ergebnis von Vertragsverhandlungen sind,³⁹⁾ daß sie inhaltlich weder durch die Umstände des Einzelfalls,⁴⁰⁾ noch durch subjektive Vorstellungen der Einzelvertragsparteien geprägt werden⁴¹⁾ und daß sie gleich Gesetzen von vorneherein für eine unbestimmte Vielzahl zukünftiger Sachverhalte gelten sollen.⁴²⁾

Letztlich ist noch der Grundsatz zu beachten, daß AGB auf ihre Vereinbarkeit mit vorrangig geltenden Individualabsprachen zu überprüfen sind.⁴³⁾

- 2.2. Während die Rspr. bei der Frage der Einbeziehung von AGB in Individualverträge den Interessen der Wirtschaft in besonderem Maße Rechnung trägt, zeigt sich bei der Auslegung das umgekehrte Bild⁴⁴⁾: hier wird versucht - zum Teil mit Argumenten, die den Rahmen einer Auslegung sprengen⁴⁵⁾ - den Vertragspartner vor unbilligen AGB zu schützen. Angesichts des Fehlens gesetzlicher Korrektive scheinen der Judikative auch unpassende Mittel recht zu sein, um der Unterwanderung durch einseitige AGB Paroli zu bieten. So nimmt nicht Wunder, daß insoweit schon von "verzweifelte[n] juristischen

37) Die Literatur stimmt dem im wesentlichen zu, vgl. Esser, Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 1968, § 13 II 2; Fikentscher a. a. O. § 26 V 5 d; Larenz I a. a. O. § 6 III; Flume NJW 50, 846; Nastelski DRiZ 55, 212 ff. Dagegen aus neuester Zeit: Emmerich JUS 72, 366.

38) BGHZ 33, 218.

39) Vgl. Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 109.

40) BGHZ 7, 368.

41) BGHZ 22, 112.

42) BGHZ 33, 218.

43) Vgl. hierzu eingehend Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 86 - 107. Auch dieser Grundsatz ist im italienischen Recht bereits kodifiziert worden, vgl. Art. 1370 Codice civile.

44) Der grundlegende Weg jedoch ist gleich: jeweils werden AGB angesichts der funktionellen Vergleichbarkeit im wesentlichen wie Gesetze behandelt.

45) So bei der "engen" Auslegung bzw. bei der "Unklarheitenregel" vgl. die Entscheidungen RG JW 26, 2526; BGH MDR 54, 345; BGHZ 22, 90 ff. Insoweit praktiziert die Rspr. eigentlich schon nachträgliche richterliche Vertragskorrektur, vgl. hierzu auch die Beispiele bei Mroch a. a. O. S. 18/19.

Kunststückchen" ⁴⁶⁾ die Rede ist, ⁴⁷⁾

Zwar ist aus Gründen des vordringlichen Verbraucherschutzes und unter Ausserachtlassung herkömmlicher juristischer "Spielregeln" dieser Rspr. im Ergebnis zuzustimmen, denn auch hier muß gelten, daß der Zweck die (noch adäquaten) Mittel heiligt. Aber dennoch ist nicht zu verkennen, daß mit diesen Auslegungsregeln der Rahmen des rechtlich Zulässigen und der Rspr. vorgegebenen Instrumentariums praktisch ausgeschöpft ist. Was darüberhinaus noch denkbar ist, kann nurmehr unzulässige Auslegung gegen den Wortlaut sein. ⁴⁸⁾ Zudem gilt auch hier festzustellen, daß den "Vertragsunterworfenen" mit dem Mittel der Auslegung nur in den verschwindend seltenen Fällen einer gerichtlichen Konfrontation zu helfen ist. Es erscheint daher verfehlt, die Bekämpfung unlauterer Geschäftsbedingungen auf diesem Wege noch weiter zu entwickeln und zu forcieren. ⁴⁹⁾

Der Schwerpunkt des Kampfes gegen unbillige AGB besteht derzeit jedoch in der offenen Inhaltskontrolle.

Damit hat die deutsche Rspr. einen Weg beschritten, der noch heute in den meisten europäischen Staaten gänzlich unbekannt ist. ⁵⁰⁾ Auch dem deutschen Recht ist diese Lösung im Grunde genommen fremd, da es eine inhaltliche Überprüfung von Verträgen auf ihre sachliche Ausgewogenheit hin eigentlich nicht kennt. ⁵¹⁾

1. Diese Rechtsprechung ist das vorläufige Ergebnis einer langen und wechselhaften Entwicklung, die ihre Anfänge in der sogenannten Monopolrechtsprechung des RG hat. ⁵²⁾ Gerechtfertigt wird die Sonderbehandlung von AGB

46) Ehrenzweig RGZ 29 A Sp. 392 zitiert bei Michel, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, 1932, S. 43.

47) Andererseits wird auch die These vertreten, daß allzu vornehme Zurückhaltung von Legislative und Justiz verantwortlich für die AGB-Misere sei, vgl. Meyer-Ladewig, MDR 63, 725.

48) Vgl. zu den Grenzen der Auslegung auch BGH NJW 69, 232.

49) Anders noch Schmidt-Salzer in: Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, 1967, S. 230, wo er die wesentliche AGB-Kontrolle in der Auslegung der Einziehungsvereinbarung sieht.

50) Vgl. Emmerich JUS 72, 367, Fußnote 48.

51) Vgl. eingehend hierzu Schmidt-Salzer, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, 1967, S. 225 f.

52) RGZ 20, 115; 39, 177; 45, 162; 62, 264; 81, 316; RG JW 27, 1588.

Vgl. dazu auch W. Weber NJW 69, 460 f als Anmerkung zu BGH NJW 69, 230 ff.

durch die Tatsache, daß die Kunden auf die Gestaltung der Bedingungen keinen Einfluß nehmen können und daß sie durch die AGB regelmäßig einseitig benachteiligt werden.⁵³⁾

Gestützt auf § 138 BGB hat das RG seinerzeit Verträge, die unter Verwendung von AGB zustande gekommen waren, für nichtig erklärt, wenn

- a. ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung festzustellen war und
- b. dieses Mißverhältnis darauf zurückzuführen war, daß der Vertrag von dem Begünstigten dem Vertragspartner unter Ausnutzung seiner wirtschaftlichen Machtstellung (= Monopol) gewissermaßen aufgezwungen worden war.⁵⁴⁾

Dabei haben sich jedoch die Anforderungen, die das RG an das Vorliegen eines Monopols zunächst stellte, zusehends verflüchtigt.⁵⁵⁾

Diese Grundsätze setzten die Rspr. in den Stand, zumindest die größten Mißstände zu beseitigen. Als sittenwidrig wurden z. B. gebrandmarkt der Haftungsausschluß für eigenes grobes Verschulden oder für das Verschulden leitender Angestellter,⁵⁶⁾ sowie der totale Ausschluß der Abtretbarkeit von Ansprüchen.⁵⁷⁾

Dennoch krankte diese Rspr. - trotz der zunehmend extensiven Auslegung des Monopolbegriffs - an ihrem grundsätzlich verfehlten Ausgangspunkt. Denn für die maßgebliche Frage der inhaltlichen Gültigkeit, ein Problem des materiellen Rechts also, verbietet es sich, auf das formale Kriterium der Art und Weise des Zustandekommens der AGB abzustellen.⁵⁸⁾

Allenfalls kann das Vorliegen einer Monopolstellung als Indiz für die inhaltliche Sittenwidrigkeit gewertet werden.⁵⁹⁾

Wenngleich der BGH dieser Rspr. zunächst - jedenfalls im Ausgangspunkt - gefolgt ist,⁶⁰⁾ so ist er später sowohl von dem Monopolerfordernis als auch

53) Krause BB 55, 269; v. Caemmerer JZ 53, 99.

54) RGZ 106, 386; RG JW 25, 1395; RGZ 165, 1 ff. Ausführlich hierzu: v. Brunn a. a. O. S. 109 ff; Raiser a. a. O. S. 302 ff.

55) Vgl. RGZ 113, 430; 115, 218; 143, 24 (ausführlich): Im Prinzip sollte eine monopolähnliche Stellung bereits genügen.

56) Vgl. RGZ 102, 396; 103, 82; 115, 219.

57) Vgl. OLG Frankfurt JW 25, 276; RG JW 27, 655.

58) Vgl. Mroch a. a. O. S. 27.

59) Ähnlich Hauss in: Richterliche Kontrolle ... (vgl. Fußnote 1) S. 14.

60) Vgl. BGH BB 56, 577 ff; BGHZ 20, 168.

von § 138 BGB als gesetzlicher Grundlage für eine AGB-Inhaltskontrolle abgewichen.⁶¹⁾

2. Bei seiner neuen, inzwischen grundsätzlich verfestigten und von den Instanzgerichten im wesentlichen übernommenen Rspr.⁶²⁾ greift der BGH auf die tragenden Gedankengänge Raisers⁶³⁾ zurück.

Danach ergeben sich Schranken für AGB aus dem Wesen der Vertragsfreiheit selbst, da solche Schranken "dem Recht als einer Gemeinschaftsordnung immanent"⁶⁴⁾ und nurmehr vom Richter von Fall zu Fall zu konkretisieren seien. Ganz allgemein läßt sich diese Rspr. dahingehend zusammenfassen, daß Abweichungen von dispositiven Rechtsvorschriften, die einem "sich aus der Natur der Sache ergebenden Gerechtigkeitsgebot" entsprechen,⁶⁵⁾ nur dann zulässig sind, wenn zwingende sachliche Gründe dies unter angemessener Berücksichtigung der Interessen des Vertragspartners erfordern.⁶⁶⁾

Dabei stützt sich diese Rspr. jedoch - im Gegensatz zu Raiser - in aller Regel auf § 242 BGB,⁶⁷⁾ in vereinzelten Entscheidungen auch auf § 315 BGB,⁶⁸⁾ wobei allerdings dem § 138 BGB als ganz allgemeiner Inhaltsgrenze auch bei AGB weiterhin Bedeutung zukommt.⁶⁹⁾

61) Vgl. BGHZ 22, 97; 33, 216; 37, 98 ff; 41, 151 (grundlegend).

62) Vgl. auch Hauss in: Richterliche Kontrolle ... (vgl. Fußnote 1) S. 13.

63) a. a. O. S. 277 ff; derselbe in Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentags, 1955 II E 28.

64) Vgl. Raiser a. a. O. S. 282. Einen detaillierten Überblick über ähnliche, in den wesentlichen Punkten aber übereinstimmende Ansatzpunkte in der Literatur gibt W. Weber a. a. O. N. 334 f.

65) BGHZ 41, 154.

66) Grundlegend BGHZ 41, 154 ff, BGHZ 54, 109 f. Weitere reichhaltige Rechtssprechungsnachweise bei Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 124 ff, Fußnoten 13 bis 39.

67) Vgl. BGHZ 22, 97 ff; 52, 64.

68) BGHZ 38, 186. Auf den dogmatischen Theorienstreit, inwieweit § 242 BGB oder aber die - zumindest von der Interessenlage her besser passende - Vorschrift des § 315 BGB (dafür Flume a. a. O. § 37, 2) geeigneter Aufhänger für diese besondere AGB-Inhaltskontrolle ist, soll hier nicht weiter eingegangen werden. Vgl. dazu ausführlich: Lukes NJW 63, 1897 ff.

69) Vgl. Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 133 mit genauer Abgrenzung.

Der Rückgriff auf § 242 BGB wird ermöglicht durch eine extensive Auslegung dieser Generalklausel, wonach sie ein allgemein verbindliches Gebot zur Achtung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr enthalte.⁷⁰⁾

Diese Rspr. geht im einzelnen dahin, daß AGB-Klauseln entweder wegen Unvereinbarkeit mit § 242 BGB unmittelbar unwirksam sind⁷¹⁾ oder aber daß die Berufung auf sie im Einzelfall als unzulässige Rechtsausübung zurückzuweisen ist.⁷²⁾

Für die Rechtspraxis entscheidend ist die Feststellung, daß die Rspr. - wiederum weitestgehend einig mit dem Schrifttum⁷³⁾ - die Geschäftsbedingungen im Vergleich zu Individualverträgen engeren Wirksamkeitsgrenzen unterwirft, und daß sich eine zunehmende Intensivierung der AGB-Kontrolle durch die Gerichte deutlich abzeichnet.⁷⁴⁾ Wenngleich man diese AGB-Rspr. annähernd auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen vermag,⁷⁵⁾ so finden sich doch in der Judikatur eine Fülle unterschiedlicher Einzelformulierungen.

So hat die Rspr. AGB-Klauseln die Anerkennung verweigert, weil sie unangemessen,⁷⁶⁾ unzumutbar,⁷⁷⁾ überraschend,⁷⁸⁾ unüblich waren,⁷⁹⁾ den Kunden rechtlos stellten⁸⁰⁾ oder ohne sachlichen Grund die Interessen einer Partei auf Kosten der anderen verfolgten.⁸¹⁾

70) BGHZ 22, 100.

71) BGH NJW 69, 1485; BGHZ 54, 109; OLG Celle BB 60, 305; OLG München DAR 69, 129 f; OLG Düsseldorf Betr. 69, 744.

72) Vgl. BGHZ 13, 201 ff; BGH BB 55, 142 f. Auch hier zeigt sich im übrigen wieder die praktische Gleichstellung mit materiellem Recht, vgl. auch Fischer BB 57, 486.

73) Ablehnend jedoch v. Brunn a. a. O. S. 61 ff; derselbe in AcP 67, 1967; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966, S. 295.

74) Antwort des Bundesministers der Justiz auf eine Kleine Anfrage im Bundestag: BT-Drucksache VI-3457. Biedenkopf hingegen erachtet die von der Rspr. auferlegten Beschränkungen für außerordentlich gering, Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 123.

75) Vgl. oben S. 23.

76) BGH WM 70, 1450.

77) BGH WM 68, 402.

78) OLG Düsseldorf Betr. 69, 744.

79) OLG Karlsruhe VersR 71, 158.

80) BGHZ 37, 98.

81) BAG NJW 67, 751; vgl. im übrigen die ausführliche Darstellung bei Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 125.

Abgesehen von diesen aus § 242 BGB hergeleiteten Inhaltsgrenzen werden als allgemeinster, aber dennoch im Sinne der Rechtssicherheit zuverlässigster Maßstab für die Inhaltskontrolle von AGB die Normen des dispositiven Rechts herangezogen.⁸²⁾ Schmidt-Salzer⁸³⁾ bezeichnet dies treffend als "Ordnungs- bzw. Leitbildfunktion" des dispositiven Rechts.

Sofern demnach der BGB-Gesetzgeber den entsprechenden Sachverhalt geregelt hat, findet jeweils ein materieller Vergleich zwischen den AGB-Klauseln und den betreffenden gesetzlichen Bestimmungen statt. Allerdings wird eine erhebliche Rechtsunsicherheit gewißermaßen durch die Hintertüre wieder dadurch hineingetragen, daß man den einzelnen Privatrechtsnormen einen jeweils unterschiedlichen Gerechtigkeitsgehalt zuerkennt⁸⁴⁾ und als Maßstab hierfür die "Natur der Sache", das Paradebeispiel einer Leerformel verwendet.⁸⁵⁾

3. Überhaupt ist zu dieser Rspr. aus kritischer Distanz zweierlei anzumerken: einerseits ist sie - trotz aller Konkretisierungsbemühungen - letztlich doch durch mehr oder weniger vage Formulierungen geprägt.⁸⁶⁾ Andererseits aber kommt man auch nicht um die Feststellung herum, daß sich eine allgemeine Formel für das, was in AGB stehen bzw. nicht stehen darf, nur und allenfalls in Umrissen bestimmen läßt.⁸⁷⁾

Die exakteste Analyse dieser Rspr. ist noch durch eine, nach den verschiedenen Wirtschaftsbranchen differenzierte Begutachtung zu gewinnen. So kann man jeweils von einer Rspr. zu den AGB der Banken, der Versicherungen, des Speditionsgewerbes, des Handels oder - stärker differenziert - des Kfz.-Neuverkaufs, des Gebrauchtwagenverkaufs und des Kfz.-Reparaturwesens sprechen.⁸⁸⁾ Welche Klauseln die Rspr. im einzelnen anerkennt, ist für ein und dieselbe Rechtsmaterie in verschiedenen Branchen unterschiedlich. Während beispielsweise beim Kfz.-Neuverkauf bestimmte⁸⁹⁾ Gewähr-

82) Vgl. für alle W. Weber a. a. O. N 336.

83) a. a. O. Rz. 135.

84) Vgl. BGH NJW 64, 1123.

85) Vgl. zur offenen Inhaltskontrolle von AGB die umfassenden Darstellungen von Rspr. und Lehre bei W. Weber a. a. O. N 333 ff und Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 124 ff.

86) Vgl. auch Emmerich JUS 72, 367.

87) Ähnlich v. Caemmerer JZ 53, 99.

88) Vgl. die Sammlung verschiedenster AGB bei Rehbinder, a. a. O. S. 23 ff sowie die Darstellung bei W. Weber N 63 - 174.

89) Vgl. BGH NJW 72, 46.

leistungsgarantien für unerlässlich erachtet werden, ist es für den Gebrauchtwagenhandel inzwischen gefestigte, wenn auch zweifelhafte Rechtsprechung, daß ein totaler Gewährleistungsausschluß als rechtens anzuerkennen ist.⁹⁰⁾

Jedenfalls ist aber festzustellen, daß sich die Rspr. nach Kräften müht, dem Problem einseitiger AGB bei der Inhaltskontrolle beizukommen. Dabei **schrecken** auch die Instanzgerichte - wie ein neueres, sehr interessantes Urteil des LG Freiburg⁹¹⁾ unter Beweis stellt - vor der Entwicklung neuer, noch schärferer Inhaltsschranken nicht zurück.

- 3.4. Führt nach alledem diese Rspr. im Einzelfall zur Nichtigkeit einer AGB-Klausel, so müßte dies in konsequenter Anwendung des § 139 BGB grundsätzlich die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zur Folge haben. Aber auch hier trägt die Rspr. - ohne dies im einzelnen zu begründen⁹²⁾ - dem normähnlichen Charakter der AGB Rechnung indem sie sich über § 139 BGB hinwegsetzt, den Restvertrag in der Regel aufrechterhält⁹³⁾ und anstel-

90) Neuerdings läßt auch der BGH wieder Zweifel an dieser Rspr. erkennen, BGH NJW 72, 46.

91) Urt. v. 12.11.71 (nicht rechtskräftig), JZ 73, 90 ff. Die AGB-Klauseln werden dort unterteilt in "Entscheidungsnormen" (für sie bleibt es bei den anerkannten Rechtsprechungsgrundsätzen) sowie in "Handlungsnormen", d.h. Bestimmungen, die dem Vertragsunterworfenen bestimmte Handlungspflichten - z.B. Anzeige- und Schriftformerfordernisse - schon für den Zeitraum der noch normalen, ungestörten Vertragsabwicklung auferlegen. Solche "Handlungsnormen" sollen in AGB generell unwirksam sein, da sie als selbstverständlich voraussetzen, daß sie dem Adressaten in dem Zeitpunkt, da die Handlung vorzunehmen ist, bereits bekannt sind; da AGB regelmäßig nicht gelesen werden, seien derartige "Handlungsnormen" in AGB unzulässig.

Dieser Grundgedanke überzeugt, die scharfe Unterscheidung zwischen "Handlungs- und Entscheidungsnormen" allerdings erscheint nicht praktikabel. Die ablehnende Anmerkung von Wolf, JZ 73, 92 f, stellt demgegenüber zu einseitig ab auf Privatautonomie und Selbstverantwortungsgrundsatz im rein formellen Sinne.

92) Vgl. RGZ 86, 323; 102, 396; 118, 322; 142, 356; 170, 240. Dem ist auch der BGH gefolgt: BGHZ 5, 122; 22, 92; BGH BB 56, 608. Die Literatur im Ergebnis fast ausnahmslos zustimmend: Hildebrandt AcP 143, 329; Bernhardt DR 42, 1171; Herschel DR 42, 753; Isele JUS 61, 312.

93) Ablehnend gegenüber dieser Rspr.: Pagenstecher DR 43, 976. Umfassend zu dem Gesamtkomplex: Naendrup, Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1966.

le der unwirksamen Klausel das dispositive Recht für anwendbar erklärt.⁹⁴⁾ Die einzelnen Klauseln werden also isoliert begutachtet und der Vertrag schließlich gewissermaßen in einen "guten und aufrecht zu erhaltenden und einen schlechten zu vernichtenden Teil zerlegt".⁹⁵⁾ Es ist dies eine Konstruktion vom Ergebnis her:⁹⁶⁾ in aller Regel wird es für beide Teile wünschenswert sein, den restlichen Vertrag aufrechtzuerhalten. Dies wird besonders deutlich bei weit verbreiteten, wirtschaftlich bedeutsamen Geschäftsbedingungen, wie z. B. den AGB der Banken oder der Versicherungen: es würde einem Chaos gleichkommen, wenn der, eine einzige Klausel für nichtig erklärende Richterspruch die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages einschließlich AGB nach sich zöge, mit der weiteren wichtigen Folge, daß für die kaum übersehbare Vielzahl auf gleicher AGB-Grundlage abgeschlossener Verträge entsprechendes⁹⁷⁾ gälte. Letztlich findet jedoch die Aufrechterhaltung des Restvertrages dort ihre Grenzen, wo der Gesamtcharakter der AGB⁹⁸⁾ oder der einzelner, besonders wichtiger Klauseln⁹⁹⁾ als nichtig zu erachten sind. Diese Fälle führen zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts in toto.¹⁰⁰⁾

94) Z. B. LG Tübingen NJW 64, 1798; BGHZ 54, 115.

95) Mroch a. a. O. S. 24.

96) Vgl. Naendrup a. a. O. S. 30, 32.

97) Zwar wären nicht alle übrigen Verträge unmittelbar unwirksam, da es hierzu jeweils des richterlichen Entscheids bedürfte; aber die Nichtigkeit hängt doch wie ein Damoklesschwert über möglicherweise Millionen von Verträgen. Vgl. auch Mroch a. a. O. S. 49 ff, der für eine gesetzliche Verankerung dieses Ergebnisses plädiert.

98) Vgl. OLG Celle DAR 59, 210.

99) Vgl. BGH NJW 69, 230 ff.

100) Vgl. ausführlich hierzu W. Weber a. a. O. N 372.

III. ZUR FRAGE, OB UND INWIEWEIT DER JETZIGE RECHTSZUSTAND -
VOR ALLEM IM HINBLICK AUF DEN GERICHTLICHEN RECHTSSCHUTZ
DES LETZTVERBRAUCHERS - ALS BEFRIEDIGEND ANZUSEHEN IST

In den vorangegangenen Kapiteln wurden die Gefahren, die sich für den Letztverbraucher aus der Verwendung von AGB ergeben, sowie die von der Judikative hiergegen entwickelten Korrektive dargestellt.

Um einen wirksamen Schutz im Einzelfall zu gewähren, bedarf es jedoch jeweils der gerichtlichen Geltendmachung. Wie es um diesen gerichtlichen Rechtsschutz hinsichtlich AGB für den Verbraucher im einzelnen bestellt ist, soll Gegenstand der folgenden Darstellungen sein.

1. Hauptkontrollorgan für Allgemeine Geschäftsbedingungen ist die Judikative; nur in vereinzelten Ausnahmefällen ist diese Kontrolle einem Exekutivorgan übertragen worden wie beispielsweise für die Allgemeinen Versicherungsbedingungen dem Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen oder für die Konditionenkartelle gem. §§ 2, 22 GWB dem Bundeskartellamt.

Getreu den grundlegenden Prinzipien unseres bürgerlichen- und Zivilprozeßrechts wird der Richter jedoch nicht von Amts wegen tätig. Schon der Weg, der zur Rechtshängigkeit (mutmaßlich) unbilliger AGB führt, ist dornenreich ¹⁾ und für die meisten Verbraucher aus wirtschaftlichen, sozialen, rechtlichen und vor allem auch psychologischen Gründen praktisch versperrt. ²⁾

Erste und selbstverständliche Voraussetzung ist, daß AGB oder Teile derselben relevant werden, in der Regel also durch Eintritt einer Leistungsstörung.

Hohe Barrieren auf dem Weg zur gerichtlichen Kontrolle türmen sich auf:

- 1.1. 1. Barriere: Zunächst wird der Unternehmer den Kunden in aller Regel auf seine AGB verweisen, in denen die Haftung ausgeschlossen, die Beweislast dem Vertragspartner aufgebürdet, der Mängelrügeverzicht fingiert ist usw.

Ihm wird klargemacht, daß der konkrete Streitfall bereits "schwarz auf weiß" geregelt sei; die Vertragsurkunde wird ihm vorgehalten mit der mehr oder minder ironischen Frage, "ob das seine Unterschrift sei". ³⁾ Der Kunde

1) Vgl. auch Lüpke BB 57, 170.

2) Vgl. auch Zachert DR 34, 184.

3) Es versteht sich von selbst, daß nicht alle Fälle des täglichen Lebens nach diesem Schema ablaufen. Es wird lediglich ein typischer, immer wiederkehrender Lebenssachverhalt generalisiert.

wird auf den, ein paar Zeilen über der Unterschrift befindlichen Satz gestoßen: "Der Auftrag wird unter Anerkennung der zur Kenntnis genommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers erteilt". Meist wird der Käufer dann zum ersten Mal lesen, was er "vereinbart" hat oder aber mit Hilfe der Erläuterungen des Unternehmers erstmals verstehen, welche Bedeutung das "Vereinbarte" hat.

Die quasigesetzliche äußere Form der AGB tut ein weiteres dazu, den Kunden psychologisch einzuschüchtern und seine Bedenken gegen die Angemessenheit der Klauseln zu unterdrücken.

In der Mehrzahl der Fälle werden diese Hinweise des Unternehmers ausreichen: der Käufer ist eingeschüchtert und resigniert.⁴⁾

Wo dies alles - bei hartnäckigeren Kunden - noch nicht den gewünschten Effekt erzielen sollte, wird das Repertoire der "psychologischen Kampfführung" weiter ausgeschöpft: dem Hinweis auf die Branchenüblichkeit dieser Bedingungen folgt die Versicherung, daß diese AGB bereits seit vielen Jahren (angeblich) unbeanstandet verwendet würden. Mit der Wendung:

"Sie sind der Erste, der an diesem Vertrag etwas auszusetzen hat" wird der Käufer psychologisch geschickt in eine unbequeme Außenseiterrolle gedrängt, aus der er sich vermeintlich nur durch Nachgeben wieder befreien und gleichsam "in die Gesellschaft wieder einzugliedern" vermag.

Ebenfalls einschüchternd wirkt der Hinweis auf den rechtskundigen Verfasser der Geschäftsbedingungen. Dahinter steht die leise aber unüberhörbare Warnung, daß es für einen rechtlich Unerfahrenen nutzlos und nur kostspielig sei, sich gegen diese Geschäftsbedingungen weiter zur Wehr zu setzen.

In allen diesen Fällen, leider eine Dunkelziffer und statistisch auch kaum zu erfassen, sind die AGB dem Unternehmer wirksames Abschreckungsmittel.⁵⁾

Haupt⁶⁾ stellt die zutreffende These auf, daß nichtige AGB unter diesem besonderen Aspekt für einen Unternehmer praktisch den gleichen Wert haben können wie wirksame Vertragsbedingungen.

4) Vgl. Haupt a. a. O. S. 200; Mroch a. a. O. S. 29.

5) Vgl. auch Hart Kritische Justiz 71, 277; Grunsky BB 72, 189; Rehbinder a. a. O. S. 13, Fußnote 2; W. Weber a. a. O. N 384; Johannes NJW 63, 1206; Schmidt-Salzer NJW 69, 292.

6) a. a. O. S. 200.

In dieser Abschreckungsfunktion - in Verbindung mit der zunehmenden Gewöhnung ⁷⁾ an grob einseitige Vertragsgestaltungen - manifestiert sich die größte und bisher unterschätzte Gefahr für die große Masse der Verbraucher.

- 1.2. 2. Barriere: Wer sich dennoch auf die geschilderte Art und Weise nicht einschüchtern und "abwimmeln" läßt, dem wird sehr oft eine Kulanzregelung in Aussicht gestellt und auch gewährt. Meist heißt es dann so: "Wir sind zwar rechtlich nicht verpflichtet, aber weil Sie es sind ..." Auf Seiten der Wirtschaft steht solch möglicherweise kostspieliger Nachgiebigkeit der psychologisch vorteilhafte und werbungsträchtige Effekt gegenüber, daß der Verkäufer sich als "großzügiger" Geschäftspartner zu gerieren vermag. Allein aus dieser Sicht jedoch ist gegen eine Kulanzgewährung nichts einzuwenden. Im Gegenteil, die Verbraucher vermögen sehr oft davon sogar lediglich zu profitieren, so z.B. bei kostenlosen Reparaturen außerhalb der anerkannt wirksamen Gewährleistungsfristen. Beispiele dieser Art finden sich vornehmlich in wettbewerbsintensiven Branchen.
- Anders ist es in den Fällen, da Kulanz gewährt wird um Geschäftsbedingungen, die auf der Grenze zur Rechtswidrigkeit stehen oder die gar mit hoher Wahrscheinlichkeit unlauter sind, gewissermaßen "aus der Schußlinie zu nehmen", sie insbesondere der gerichtlichen Überprüfung vorzuenthalten. So berichtet z. B. auch Lando, ⁸⁾ daß er es nicht selten erlebt habe, daß der Unternehmer "kulant" werde, wenn ihm ein Rechtsstreit drohe, um auf diese Weise ein Präjudiz für die Nichtigkeit seiner AGB zu verhindern.
- Da sowohl die Entscheidung über die Gewährung als auch über den Umfang der Kulanz der Willkür ⁹⁾ des Unternehmers anheimstehen, kann sich diese Art der Geschäftspraxis im Endergebnis äußerst gewinnbringend auswirken. Gegenüber der Masse der Verbraucher leisten die dubiosen Geschäftsbedingungen nützliche Abwehrfunktion (AGB in ihrer Abschreckungsfunktion), gegenüber besonders hartnäckigen, geschäftserfahrenen oder wichtigen Kontrahenten greift man auf beliebig hohe Kulanzregulierungen zurück.

7) Sogar der BGH, NJW 70, 30, geht hier mit schlechtem Beispiel voran und spricht hinsichtlich der vom Gesetz abweichenden Gerichtsstandsklauseln von einer (von Rechts wegen anzuerkennenden) "kaufmännischen Übung".

8) Länderbericht Skandinavien, in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Heft 41, 1968 S. 121. Vgl. auch Hart Kritische Justiz 71, 271.

9) Vgl. auch Loewenheim NJW 69, 2043.

Erreicht wird durch diese Geschäftspraxis die Aufrechterhaltung und faktische Anerkennung dubioser oder unbilliger Klauseln, ohne daß es hierüber zu einem Richterspruch kommt.¹⁰⁾ Dem Rückzug aus dem staatlichen Recht in ein "selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft"¹¹⁾ folgt damit ein weiteres Zurückweichen in einen völlig rechtsfreien Raum. Hier zeigt sich in aller Schärfe die Berechtigung der von Müllereisert¹²⁾ bereits im Jahre 1932 getroffenen Analyse, daß unser Privatrecht von einer Flucht aus dem Gesetz und aus dem Gericht gekennzeichnet sei.

Demgegenüber sieht v. Brunn die AGB gerade unter dem Aspekt der Kulanz "nicht als normale Richtlinien für die Behandlung aller Vertragspartner, sondern mehr als eine Rückzugslinie",¹³⁾ hinter der sich der Unternehmer verschansen könne, wenn die auf ihn zukommenden Forderungen allzu hoch würden.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß selbst bei wirklicher Kulanz in der Handhabung die Geschäftsbedingungen selbst noch nicht ihrer Härte und Einseitigkeit entkleidet werden.¹⁴⁾ Vor allem aber auch kann man von den Gerichten nicht verlangen, daß sie bei Prüfung der AGB etwa von der Maxime ausgehen: "Die Verfasser haben es eigentlich nicht so schlimm gemeint, also lassen wir die unbillige Klausel noch durchgehen".¹⁵⁾

Das zeigt sich auch gerade darin, daß Kulanz in aller Regel nicht generell gewährt wird, sondern nur in den Fällen, da dem Unternehmer ein Einlenken opportun erscheint. Letztlich gilt es vor allem, das raffinierte Zusammenspiel zwischen unbilligen AGB und diesen Kulanzpraktiken zu erkennen: einerseits erweisen sich auf diese Art und Weise auch rechtlich unhaltbare Klauseln für den Unternehmer noch brauchbar als vorderste Kampflinie für die Erzielung günstiger Kulanzlösungen.¹⁶⁾

Andererseits erscheint es grotesk und einem sozialen Rechtsstaat nicht angemessen, wenn sich die Wirtschaft durch die AGB gewissermaßen ein risi-

10) Vgl. auch Schmidt-Salzer NJW 69, 292.

11) Großmann-Doerth a. a. O. S. 5.

12) Allgemeine Lieferungsbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand, 1932, Einleitung II.

13) v. Brunn, Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentags, II E 19. Vgl. auch die ähnliche Argumentation bei Friedel, Die Lieferbedingungen des Kraftwagenhandels und der Kraftwagenindustrie, Diss. Tübingen 1939, S. 14.

14) Ebenso Fischer BB 57, 483.

15) Vgl. Schmid-Loßberg, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurT. E 32.

16) Vgl. Schmidt-Salzer NJW 71, 1016.

kofreies Vorfeld zu schaffen vermag, indem sie als "Kulanz" bezeichnen kann, was das staatliche Gesetz eigentlich als recht und billig erachtet.¹⁷⁾

- 1.2.1. Genauere Einzelheiten über Art und Weise solcher Kulanzpraktiken sind nicht bekannt. Die Wirtschaft weigert sich, von ihrer Warte aus verständlicherweise, hierüber Auskunft zu geben und behandelt jedwede Kulanzangelegenheit als Betriebsgeheimnis.

Um hier dennoch einmal annähernd verlässliche Kriterien zu erhalten, habe ich eine Fragebogenaktion in einem recht spektakulären "Kulanzfall" gestartet.

Es handelt sich um die Gelenkwellen (Antriebswellen) des RENAULT 4, die über Jahre hinweg bei einem statistischen Häufungspunkt von etwa 30.000 gefahrenen km auswechslungsbedürftig wurden.¹⁸⁾

Über den Fall waren Berichte in Fachzeitschriften¹⁹⁾ wie auch in dem Wochenmagazin "Der Spiegel"²⁰⁾ erschienen. Der Fa. RENAULT wurde unwidersprochen²¹⁾ vorgeworfen, daß es sich insoweit um einen "Konstruktionsfehler"²²⁾ handle. Ungeachtet dessen hat RENAULT diesen Fahrzeugtyp jahrelang mit diesen Wellen ausgestattet. Bei jeder Modelländerung hat das Unternehmen seinen Kunden versprochen, daß die Schwierigkeiten nun behoben seien.²³⁾ Tatsächlich wurde dies jedoch erst durch den Einbau neuer Gelenke seit dem Frühjahr 1971 erreicht.²⁴⁾

Es wurden jedoch, allerdings inoffiziell und intern, Kulanzrichtlinien ausgeben, offensichtlich um hartnäckige und aufbegehrende Kunden zu be-

17) Vgl. Helm JUS 65, 123.

18) Vgl. hinsichtlich der technischen Problematik die Darstellung in mot 24/70 S. 24 ff.

19) ADAC-Motorwelt 11/71 S. 69; mot 24/70 S. 24 ff; test Heft 4/71 S. 144.

20) Heft 5/71.

21) Anders aber gegenüber dem einzelnen Kunden: "Ihrer Meinung ... bezüglich eines Konstruktionsfehlers können wir uns mit Bestimmtheit nicht anschließen" (Aus dem Schreiben einer RENAULT-Gebietsdirektion).

22) ADAC-Motorwelt 11/71 S. 69: "Was sich RENAULT mit den Antriebswellen leistete, war eine echte Zumutung. Bei vielen Wagen waren die Gelenke schon nach 20.000 km ausgeschlagen und bei 35.000 km waren schon wieder neue fällig. Obwohl es sich um einen eindeutigen Konstruktionsfehler handelte, wurde nicht immer Kulanz gewährt".

23) Vgl. mot 24/70 S. 28.

24) ADAC-Motorwelt 11/71 S. 69.

sänftigen und um den Fehler vor der Öffentlichkeit zu verschleiern.

Erst in der Aprilnummer 1971 der Verbraucherzeitschrift "test"²⁵⁾ und nachdem inzwischen bei dem neuesten Modell der Fehler behoben war, teilte RENAULT offiziell mit, daß Kulanz geleistet werde:

"Nach Ablauf der vertraglichen Garantiezeit ... werden im Rahmen einer freiwilligen Kulanzleistung Antriebswellen ersetzt, wenn das Fahrzeug nicht mehr als 50.000 km zurückgelegt hat und seit Auslieferung des Neufahrzeugs nicht mehr als 24 Monate verstrichen sind. Diese Kulanzleistung hängt von den Umständen ab, unter denen der einzelne Schaden eingetreten ist. So können z. B. in Ausnahmefällen auch die Montagekosten übernommen werden".

Ziel meiner Fragebogenaktion war es zu untersuchen, ob und in welchem Maße die betroffenen Kunden von dieser "großzügigen"²⁶⁾ Kulanz tatsächlich profitiert haben.

- 2.2. Vorauszuschicken ist allerdings, daß es sich hier nur indirekt um ein Problem der AGB und der ihnen eigenen Abschreckungsfunktion handelt. Denn die von der Fa. RENAULT - im wesentlichen übereinstimmend sowohl mit dem nationalen²⁷⁾ als auch dem internationalen²⁸⁾ Kfz. -Handel - in ihren Geschäftsbedingungen eingeräumte Garantie von 6 Monaten gab bisher und gibt auch bei kritischer Überprüfung keinen Anlaß zu der Annahme, daß diese Gewährleistungsklausel unbillig und nichtig sei.²⁹⁾ Insoweit könnte es sich daher um eine rechtlich unproblematische und in der Tat freiwillige Kulanz handeln. Jedoch haben auch diese AGB die geschäftsbedingungstypische Eigenheit, daß sie trotz respektablen Umfangs nahezu ausschließlich

25) Heft 4/71 S. 144.

26) Aus dem in "test" 4/71 S. 144 veröffentlichten Schreiben der Deutschen RENAULT, Presseabteilung.

27) Dieses, aus dem Vergleich der AGB verschiedenster deutscher Automobilfirmen gewonnene Ergebnis wurde auch durch die schriftliche Auskunft des Zentralverbandes des Kraftfahrzeughandels e. V. bestätigt: "Eine Reihe anderer Verlage bringen eigene Bedingungen heraus, sie entsprechen aber wohl im wesentlichen, vor allem bei Neuwagen, der Beilage".

28) Vgl. Baur DAR 62, 325; Friedel a. a. O. S. 14.

29) Dies folgt schon aus dem Vergleich mit dem dispositiven Gesetzesrecht, da der Gesetzgeber in § 477 Abs. 1 BGB ebenfalls nur eine 6-monatige Gewährleistungsfrist vorsieht.

nur dem Verkäufer günstige Modalitäten regeln. Nicht erwähnt ist die zwingende 29a) Vorschrift des § 476 BGB, wonach bei arglistigem Verschweigen eines Mangels durch den Verkäufer jedwede Haftungsbeschränkung nichtig ist, demnach wieder die gesetzlichen Haftungsregeln der §§ 459 ff BGB eingreifen und zudem gem. § 477 BGB die 6-monatige Verjährungsfrist nicht gilt.

Das würde also bedeuten, daß die RENAULT-Kunden - arglistiges Verschweigen eines Mangels seitens des Verkäufers einmal unterstellt - hinsichtlich der schadhafte Wellen jeweils Rechtsansprüche hätten geltend machen können.

Im vorliegenden Falle nunmehr erscheint sicher, daß RENAULT über Jahre hinweg positiv wußte, daß jedem verkauften RENAULT 4 dieser Mangel anhaftete und es spricht zumindest auch eine starke Vermutung dafür, daß man bei jeder Modelländerung erkannt hatte, daß der Mangel nicht beseitigt war. Daß es sich um einen im Sinne der Gewährleistungsbestimmungen relevanten Mangel handelte, ergibt sich aus der regelmäßig unverhältnismäßig kurzen³⁰⁾ Lebensdauer dieser Wellen sowie aus der Höhe der Reparaturkosten pro Gelenkwellenpaar von durchschnittlich 250,- bis 300,- DM.

Dennoch erfolgte, allein von der Warte der Firma her wiederum verständlicherweise, weder in der Werbung ("Jeder Autofahrer hat sein eigenes Problem. Der RENAULT 4 löst sie alle") noch generell beim Verkauf ein entsprechender Hinweis auf den Mangel. Angesichts dieser Sachlage ist jedenfalls ein arglistiges Verschweigen des Fehlers durch das Werk zu bejahen.

Nicht zu verkennen sind allerdings die erheblichen praktischen und beweistechnischen Schwierigkeiten des einzelnen Kunden, einen auf die aufgezeigten Erkenntnisse gestützten Prozeß auch mit Erfolg abzuschließen.

Er stünde vor zwei Schwierigkeiten: zunächst müßte er auch ein arglistiges Verschweigen seines Händlers, also seines eigentlichen Vertragspartners³¹⁾ nachweisen können. Dieses Hindernis erscheint überwindbar, da die Vertragshändler angesichts der fortwährenden Reklamationen und Reparaturen der Wellen von dem Fehler gewußt haben müssen. Zweitens aber hätte er nachzuweisen, daß es sich um einen generell allen Fahrzeugen dieses Typs

29a) Vgl. Baur DAR 62, 326; Schneider NJW 54, 133.

30) In einem Fall hat die ausgetauschte Welle sogar nur 1 Tag und 20 km, in zwei weiteren Fällen nur 50 km bzw. 1.500 km gehalten.

31) Die Schwierigkeiten ergeben sich aus dem Fehlen einer gesetzlichen Produzentenhaftung.

anhaftenden und nach dem jeweiligen Stand der Technik vermeidbaren³²⁾ Fehler handelt, denn nur in diesem Falle wird in aller Regel bei einem Serienfabrikat das korrespondierende subjektive Erfordernis der Arglist in Betracht kommen.

Mit einer solchen Beweisführung aber wird der einzelne Verbraucher in jeglicher, vor allem jedoch in finanzieller Hinsicht überfordert sein. Es bedürfte umfangreicher technischer Untersuchungen an einer Vielzahl von Kraftfahrzeugen dieses Typs, mithin wäre eine Solidarisierung und Mitarbeit vieler gleichfalls betroffener Kraftfahrer unumgänglich.³³⁾

Diese praktischen Schwierigkeiten bei der Rechtsverfolgung lassen jedoch die Feststellung unberührt, daß die von RENAULT eingeräumte Kulanz keineswegs als rein freiwilliges Entgegenkommen eines großzügigen Unternehmens zu werten ist, sondern daß es sich hier durchaus um einen Fall handelt, bei dem gewichtige Indizien für einen Rechtsanspruch der Käufer streiten.

Gerade im Hinblick auf AGB ist dieser Fall noch insoweit interessant, als der quasigesetzliche äußere Schein sowie der scheinbar abschließende Regelungscharakter der Vertragsformulare es RENAULT und seinen Vertrags-händlern erst ermöglichte, Reklamationen so günstig und elastisch wie möglich zu begnügen.³⁴⁾

Die von mir verteilten Fragebögen³⁴⁾ waren in erster Linie daraufhin an-

32) Diese Einschränkung ist allgemein üblich bei allen Kfz.-Gewährleistungsbedingungen.

33) Der einzige mir bekannt gewordene Fall, da in dieser Sache gegen RENAULT ein Prozeß angestrengt wurde, endete und mußte folgerichtig enden mit einer Niederlage des Kunden. Dies, obwohl der Schaden nur 8 Tage nach Ablauf der eigentlichen Garantie eingetreten war.

34) Vgl. die Photokopien in Anhang III. Beide Fragebögen stimmen in den wesentlichen Punkten wörtlich überein. Die 100 vom Typ I angefertigten Fragebögen habe ich an R 4-Fahrer verschickt, die sich auf Grund einer von mir gefertigten und in der Zeitschrift "test", 9/71 S. 420, veröffentlichten Leserzuschrift an mich gewandt hatten. Von diesen Fragebögen erhielt ich insgesamt 72 ausgefüllt zurück. Da ich auf diese Weise nur Leser der Verbraucherzeitschrift "test" und damit einen tendenziell bereits besonders verbraucherbewußten und nicht repräsentativen Personenkreis angesprochen hatte, habe ich weitere 400 Fragebögen (Typ II) drucken lassen und sie an geparkten Wagen des Typs RENAULT 4 verteilt.

gelegt zu erfahren, ob und wem ein Kulanznachlaß tatsächlich gewährt wurde und ob die betreffenden Kunden seitens der Fa. RENAULT jeweils auf die Kulanzmöglichkeit hingewiesen worden waren.

1.2.3. Hier ist das Ergebnis:

Von 500 verteilten und verschickten Fragebögen erhielt ich 204 ausgefüllt zurück. Davon waren wiederum nur 107 Fragebögen unmittelbar verwertbar, das heißt, daß in ihnen jeweils einer oder mehrere einschlägige Schadensfälle ³⁵⁾ aufgezeichnet waren, bei denen nach den RENAULT-Richtlinien Kulanz hätte gewährt werden müssen.

In den übrigen Fällen war der Schaden entweder erst nach 50.000 km oder erst nach 2 Jahren eingetreten, sodaß auch nach der RENAULT-Verlautbarung keine Kulanzmöglichkeit bestand. Auch Fragebögen von R 4-Fahrern, die das Kfz. bereits als Gebrauchtwagen erworben hatten, wurden bei dieser Auswertung nicht berücksichtigt. Zwar waren diese Fälle von den Kulanzrichtlinien nicht ausgeschlossen; aber da diese Fahrzeugbesitzer ihre Wagen nicht direkt von RENAULT oder seinen Vertragshändlern erworben hatten, hätten sie auch keine eigenen Rechtsansprüche gegen die Firma geltend machen können und mußten daher als "echte" Kulanzfälle im Rahmen dieser Untersuchung ebenfalls unberücksichtigt bleiben.

Bei den somit voll verwertbaren Fragebögen ergibt sich folgendes Bild:

- Einen irgendeartigen ³⁶⁾ Kulanznachlaß erhielten insgesamt 70 RENAULT-Fahrer, das sind gleich 65,4 %.
- Keinerlei Nachlaß wurde 37 Kunden, gleich 34,6 % gewährt.

Bei diesem anonymen Verteilungsmodus war die Ausfallquote naturgemäß wesentlich höher, zumal bereits bei der Verteilung eine Eingrenzung auf den interessierenden Kreis der Fahrzeuge im Erstbesitz zwischen 10.000 und 50.000 gefahrenen km nicht möglich war und vor allem auch hier vom Adressaten nicht unerhebliche Initiative (Heraussuchen teils sehr lange zurückliegender Rechnungen) und auch finanzielle "Opfer" (Porto) gefordert wurden. Von diesen Fragebögen erhielt ich 132 ausgefüllt zurück.

- 35) Wenn beide Wellen gleichzeitig auswechslungsbedürftig wurden, wurde dies als ein Schadensfall gewertet.
- 36) Der überwiegende Teil erhielt die Materialkosten ersetzt. In einigen Fällen wurde weniger (Mindestkulanz: 23 % der Gesamtkosten) Nachlaß gewährt, in einigen Fällen wurden alle entstandenen Kosten (also incl. Arbeitslohn) erstattet. In aller Regel wurde die Kulanz sofort gewährt; es gab aber auch Fälle, daß - ohne daß ein sachlicher Grund hierfür erkennbar war - die Erstattung erst nach "9-monatigem Schreibkrieg", nach 1 oder gar nach 1 1/4 Jahren erfolgte.

Etwas ungünstiger noch für RENAULT sieht das Bild aus, wenn man auf die Zahl der relevanten Schadensfälle abstellt; denn in vielen Fragebögen wurden 2 oder noch häufigere Schadenseintritte in dem einschlägigen Kulanzzeitraum angegeben.

Hier sieht das Ergebnis so aus:

Bei 143 verwertbaren Schadensfällen wurde Kulanz gewährt in 86 Fällen (= 60,1 %), während in 57 Fällen (= 39,9 %) eine Regulierung auf Kulanzbasis nicht erfolgte.

Von besonderem Interesse war nunmehr die Frage:

"Wurden Sie von vorneherein von Ihrer RENAULT-Werkstatt auf die Möglichkeit einer Kulanzregelung aufmerksam gemacht?"

Differenziert nach den beiden Gruppen der Kulanzempfänger bzw. -nichtempfänger ³⁷⁾ ergibt sich hier folgendes Bild:

- Von denjenigen, die keinerlei Nachlaß erhielten, obwohl sie die Anforderungen der RENAULT-Kulanzrichtlinien eigentlich erfüllt hatten, beantworteten 86,5 % diese Frage mit "NEIN"; bei ihnen fehlte also ein entsprechender Hinweis auf die Kulanzmöglichkeit. ³⁸⁾ Die restlichen 13,5 %, die über die Kulanz informiert worden waren, kreuzten bei der Frage: "Inwieweit haben Sie sich um Kulanz bemüht?" die Antwort an: "Mit normaler Ausdauer (ca. zweimaliges Vorsprechen)".
- Von den Kulanzempfängern wurden 63 % von ihrem Vertragshändler auf die Kulanzmöglichkeit aufmerksam gemacht. Bei den restlichen 37 % dieser Gruppe fehlte ein entsprechender Hinweis: sie gaben an, entweder schon vorher durch Bekannte oder aus Zeitungen ³⁹⁾ von der Kulanzmöglichkeit erfahren oder den Nachlaß durch entsprechende Bemühungen und Vorhalte erlangt zu haben.

37) Hier wurde naturgemäß wieder auf die Zahl der Fragebogenbeantworter, nicht auf die Anzahl der Schadensfälle abgestellt.

38) Bezeichnend waren etwa folgende Zusatzbemerkungen: "Um Kulanz nicht bemüht, da unbekannt". - "Habe erst durch den SPIEGEL-Artikel in 5/71 etwas von Kulanzmöglichkeit erfahren, leider zu spät".

39) Aus dem Begleitschreiben eines R 4-Fahrers: "im zweiten Schadensfall sagte man mir, daß Kulanz ausgeschlossen sei. Als ich auf Veröffentlichungen in "test" und "SPIEGEL" hinwies, sagte man mir, man wolle es versuchen. Nach einigen Wochen erhielt ich dann den angegebenen Betrag gutgeschrieben".

1.2.4. Insgesamt hat die Auswertung der Fragebögen ergeben, daß weder vorausgegangene Unfälle, noch die Fahrweise ("temperamentvoll" - "normal" - "gemächlich") der Kfz.-Eigner, noch die Tatsache, daß der Betreffende etwa früher bereits eines oder mehrere Fahrzeuge ⁴⁰⁾ der Fa. RENAULT gefahren hatte, auf Bewilligung und Umfang der Kulanz erkennbare Auswirkungen gehabt haben.

Auch ist eine differenzierte Behandlung hinsichtlich Alter des Kfz. und zurückgelegten km nicht ersichtlich.

Das gesamte, notwendigerweise auf pauschale Kriterien abgestellte Kulanzverfahren war auch nicht daraufhin angelegt, solche individuellen Differenzierungen zu berücksichtigen.

Einzig sicheres und nachweisbares Auswahlkriterium war die Kenntnis bzw. Nichtkenntnis des betreffenden Kunden von der generellen Kulanzmöglichkeit. ⁴¹⁾ War sie ihm - aus welchen Gründen auch immer - bekannt, so erhielt er in aller Regel auch tatsächlich den Nachlaß. Ob ein Kunde aber über die Kulanzmöglichkeit informiert wurde, oblag alleine dem willkürlichen Ermessen des jeweiligen Vertragshändlers.

Diese Praktiken waren nur dadurch möglich, daß die Kulanzrichtlinien als Firmeninternum behandelt wurden. Allein die Veröffentlichungen in Fach- und sonstigen Zeitschriften haben verhindert, daß dieses Ergebnis noch ungünstiger für die betreffenden RENAULT-Kunden ausgefallen ist.

40) Aus dem Begleitschreiben eines RENAULT-Kunden: "Die 2-Jahresfrist war in meinem Fall genau um 4 Wochen überschritten! Hätte ich von der Frist gewußt, so wäre ich bestimmt rechtzeitig zur Werkstatt gefahren, denn die auf Gelenkwellenverschleiß hindeutenden Symptome waren schon 2 Monate vorher da. Ich finde diese Praktiken empörend, besonders in meinem Fall, da es sich hier um den 3. Renault 4 innerhalb von 4 Jahren handelte, den ich bei derselben Firma gekauft habe".

41) Auszüge aus Schreiben von RENAULT-Fahrern:

"Einige Firmen kassieren, ohne ihre Kunden von der Möglichkeit einer Kulanzgewährung zu informieren". - "... entschloß ich mich, sie (1 3/4 Jahre nach Erstzulassung - Anm. d. Verf.) bei einem km-Stand von nur 22.063 .. reparieren zu lassen. In der Werkstatt sagte man mir 'ist nichts Neues bei RENAULT', gab aber nicht zu erkennen, daß ein etwaiger Konstruktionsfehler vorlag, sondern kassierte, bedauerlicherweise ...".

2. 5. Einen etwaigen Zusammenhang zwischen Kulanz und sozialer Stellung des Kunden aufzuhellen, diente die abschließende Frage nach dem Beruf der jeweiligen Personen.

Dazu bedurfte es zunächst der Einteilung in Berufsgruppen. Bei dieser Einteilung kam es entscheidend darauf an, feststellen zu können, ob Vor- und Ausbildung, ganz allgemein die soziale Stellung der Betreffenden einen erkennbaren Einfluß auf die Kulanzgewährung hatten.

Es ist nicht zu verkennen, daß neben der sozialen Stellung des Kunden auch andere Faktoren wie seine Hartnäckigkeit, Geschäftserfahrung, sein Durchsetzungsvermögen ⁴²⁾ und oft auch sein technischer Durchblick für die Kulanzgewährung bedeutsam sind. Im Rahmen einer solchen Fragebogenaktion konnte und kann jedoch naturgemäß alleine auf objektive Kriterien abgestellt werden.

Jedenfalls ist dieser Berufsgruppenbildung nach sozialen Gesichtspunkten mit den Vorbehalten zu begegnen, die bei jeder generalisierenden und schematisierenden Betrachtung angebracht sind.

Nach alledem sind drei Berufsgruppen zu unterscheiden:

Die erste umfasst Akademiker ⁴³⁾ aller Sparten.

Die zweite Gruppe setzt sich aus - zum Teil graduierten - Ingenieuren der verschiedensten Fachrichtungen sowie aus Lehrern zusammen.

Die dritte und letzte Gruppe erfaßt in erster Linie Angestellte und Arbeiter, Beamte und Sekretärinnen.

- Eine nach diesen Berufsgruppen differenzierte Betrachtung ist zunächst einmal interessant hinsichtlich solcher RENAULT-Fahrer, die ihr Kfz. bereits als Gebrauchtwagen erworben hatten. Diese Fälle waren - wie bereits erwähnt - von den Kulanzrichtlinien nicht ausdrücklich ausgeschlossen und auch aus der Kulanzpraxis ergibt sich kein gegenteiliger Schluß. Es konnten

42) Ein Doktorand: "Nach 50.000 km, 24 Monate nach Erstzulassung wurden mir ein Jahr nach Anmeldung der Kulanzansprüche ... nachdem ich schließlich gedroht hatte, über einen DAS-Rechtsanwalt die Materialkosten für zwei Gelenkwellen einzuklagen, DM 160,- ausbezahlt.

43) Studenten, Referendare, Wissenschaftliche und Medizinalassistenten wurden dieser Gruppe der Dipl.-Ingenieure, Juristen, Physiker, Mathematiker, Ärzte etc. miteinbezogen. Im übrigen ist festzuhalten, daß diese gesamte Gruppeneinteilung in keiner Weise etwa Ausdruck einer irgendgearteten "Klassenanschauung" ist.

26 Fragebögen von dieser Gruppe, bei denen im übrigen die RENAULT-Kulanzrichtlinien erfüllt waren, ausgewertet werden.

Davon entfielen 18 auf Personen der 1. Berufsgruppe (Akademiker), von denen insgesamt 12, also immerhin 2/3, einen Kulanznachlaß erhielten.

Wesentlich anders sieht das Ergebnis hinsichtlich der beiden übrigen Berufsgruppen aus: Keiner der drei unter Gruppe 2 (Ingenieure, Lehrer) fallenden RENAULT-Fahrer und nur eine der fünf unter Gruppe 3 (Angestellte etc.) einzuordnenden Personen erhielt einen Kulanznachlaß.

- Ähnlich, jedoch weniger drastisch zugunsten der Akademiker sieht das Bild aus bei den Kunden, denen Kulanz gewährt wurde, obwohl die Voraussetzungen der RENAULT-Richtlinien - wegen Überschreitens der 2-Jahres- oder der 50.000 km-Grenze - nicht erfüllt waren.

Von insgesamt 8 derart begünstigter Kunden sind 4 der "Akademikergruppe", sowie nur jeweils 2 den "Berufsgruppen" 2 und 3 zuzuordnen.

- Letztlich und vor allem aber sollte ein etwaiger Zusammenhang zwischen sozialer Stellung des Kunden und Kulanzgewährung untersucht werden bei den Erstbesitzern eines RENAULT 4, die die Kulanzrichtlinien des Werkes objektiv erfüllt hatten.

Um den Vergleich zu erleichtern: Die Auswertung der Fragebögen hatte ergeben, daß insgesamt 34,6 % keinen Kulanznachlaß erhalten hatten.

1. Gruppe: Von insgesamt 35 hierunter fallenden Kunden erhielten 10
(= 28,6 %) keine Kulanz.

2. Gruppe: Von insgesamt 25 hierunter fallenden Kunden erhielten 6
(= 24 %) keine Kulanz.

3. Gruppe: Von insgesamt 47 hierunter fallenden Kunden erhielten 21
(= 44,7 %) keine Kulanz.

Damit zeigt sich auch hier - bei allen Vorbehalten - zumindest die deutlich erkennbare Tendenz, daß das Unternehmen gegenüber solchen Kunden, die von ihrer Vor- und Ausbildung her generell weniger in der Lage sind, ihre Rechte zu wahren und sich durchzusetzen, daß es ganz allgemein gegenüber sozial schwächer Privilegierten erheblich weniger auf Kulanznachlaß zurückgreifen mußte, um Reklamationen wegen des Fehlers abzublocken.

Ermöglicht wurde dieses überaus elastische Taktieren in erster Linie dadurch, daß man die Kulanzrichtlinien nur intern und inoffiziell an die eigenen Vertragshändler ausgab. Damit behielt man sich gleichzeitig die sehr oft ausgenutzte Möglichkeit vor, im Kontakt mit dem einzelnen, uninformatierten Kunden den Sachverhalt so darzustellen, als träfe der reklamierte Schaden nur

ausnahmsweise ihn.⁴⁴⁾ Dazu kam dann gegebenenfalls der Hinweis auf die laut Geschäftsbedingungen abgelaufene Garantie: "Nach Ablauf der Garantiezeit können wir uns an Instandsetzungsarbeiten irgendwelcher Art nicht mehr beteiligen" (Aus dem Schreiben einer RENAULT-Gebietsdirektion).⁴⁵⁾

Andere Kunden wurden von RENAULT-Gebietsdirektionen dahingehend informiert, daß "die Kulanzgewährung Sache der Händler sei", obwohl über die Kulanzanträge durch eben diese Organisationen zu entscheiden war.

44) Stereotype Standardformulierungen der RENAULT-Antwortschreiben:

"Es tut uns leid, daß sie mit Ihrem Fahrzeug Schwierigkeiten hatten. Bitte bedenken Sie aber, daß mit höherem Betriebsalter und nach längerer Laufleistung erfahrungsgemäß ein werkseitiger Fehler als Ursache ausgeschlossen ist. Material- und Montagefehler machen sich bereits wesentlich früher bemerkbar und zwar meistens innerhalb der Garantiezeit. Nutzungsart und Betriebsbedingungen gewinnen im Laufe der Zeit immer mehr an Bedeutung und haben auf derartige Schäden einen erheblichen Einfluß. Trotz Ihrer Schilderung sind wir nicht der Ansicht, daß sich jetzt noch ein verschleppter Fehler gezeigt hat". Mit keinem Wort wird also erwähnt, daß diese Antriebswellenschäden ein allgemein verbreitetes Übel bzw. gar ein Konstruktionsfehler bei einigen Bauseerien des RENAULT 4 sind.

Ein weiteres Beispiel für diese Art der "Kulanzpraxis:" aus dem Schreiben eines Kunden: "... Nach langem Schriftwechsel erhielten wir die Nachricht, daß die Schäden nicht mehr in der Garantiezeit lagen und auf natürlichem Verschleiß beruhen ..."

45) Weitere Beispiele aus RENAULT-Schreiben: "Bitte gestatten Sie uns jedoch den Hinweis, daß für RENAULT-Fahrzeuge eine Garantie von 6 Monaten ohne Kilometerbegrenzung gewährt wird und darüberhinaus normalerweise keine Möglichkeit einer weiteren Kostenübernahme besteht". - "Es ist uns kein Rundschreiben bekannt, in dem unsere Organisation über eine Verlängerung der Garantiezeit für den RENAULT oder Teile davon informiert wurde". Diese Schreiben sind auch insoweit interessant, als sich RENAULT darin jeweils insoweit an die strenge Wahrheit hält, als eine Verlängerung der Garantie verneint wird. Der Kunde aber sieht in der Regel den feinen juristischen Unterschied zwischen Garantie und generell in Aussicht gestellter Kulanz nicht.

Eine weitere Verunsicherung der Kunden trat dadurch ein, daß RENAULT und seine Vertragshändler mehrere, sehr unterschiedliche Kulanzrichtlinien verbreiteten.⁴⁶⁾

- 1.2.6. Abschließend ist zwar festzuhalten, daß die vorgelegte Untersuchung an strengen demoskopischen Maßstäben nicht zu messen ist; sie hat jedoch Trends und Regeln bestätigt, die sich mit Sicherheit auch bei einer solchen Untersuchung ergeben würden.

So wurde vor allem auch die These belegt, daß "Kulanz" eines Unternehmers kein ausreichendes Korrektiv für einseitige Geschäftsbedingungen ist, da sie seinem willkürlichen Ermessen unterliegt und vor allem die sozial schwächer Privilegierten benachteiligt. Auch hat sich gezeigt, daß ein solches Nachgeben auf dem Kulanzwege durchaus geeignet war, ein für das Unternehmen möglicherweise ruinöses Gerichtsurteil zu vermeiden. Andererseits aber verbietet das Untersuchungsergebnis auch eine totale Verurteilung der von RENAULT in diesem Fall offenbarten Kulanzpraktiken. Immerhin wurde in 65,4 % der einschlägigen Fälle mehr oder weniger Kulanz gewährt, wengleich Montagekosten, Verdienstausschlag, entgangene Gebrauchsnutzung des PKW, Schreib- und Zeitaufwand und sonstige Unbequemlichkeiten (nach jedem Wellenaustausch 200 km "Einfahren" mit Geschwindigkeitsbegrenzung auf 60 km/h !) als gewichtige Negativposten auf Seiten des Kunden davon unberührt blieben.

Dieses relativ noch günstige Ergebnis ist auf mehrere Besonderheiten zurückzuführen : in Sachen "Kraftfahrzeug" ist der Kunde wie verwandelt : verbraucherbewußt, informiert und interessiert (deshalb konnte auch nur eine Fragebogenaktion aus diesem Bereich überhaupt eine Resonanz erwarten); die Kfz.-Industrie steht wie keine andere Branche stets im kritischen öffentlichen Visier von Fachzeitschriften und Tagespresse : schon die Existenz einflußreicher⁴⁷⁾ Verbraucherverbände in Gestalt der Automobilclubs ist ein wirksames Korrektiv von Verbraucherseite; letztlich ist die Automobilbranche als (noch) sehr wettbewerbsintensiv zu bezeichnen.

Es läßt sich der sichere Schluß ziehen, daß eine Untersuchung von Kulanzpraktiken in anderen Branchen zu noch wesentlich negativeren Ergebnissen

46) Es wurden mir 6 verschiedene Versionen bekannt, von einer Begrenzung auf 20.000 km und 2 Jahre bis zu einer äußersten Kulanzgrenze von 60.000 gefahrenen km.

47) Wengleich bei manchen dieser, nunmehr selbst zu eigenen Wirtschaftsunternehmen avancierten Automobilclubs manchmal nicht mehr ganz ersichtlich ist, wen sie in wessen Interesse zu beeinflussen trachten.

führen würde.

- 1.3. Eine dritte Barriere auf dem Weg zum gerichtlichen Rechtsschutz ergibt sich aus zivilprozessualen Nachteilen mehr allgemeiner Natur.
- 1.3.1. Hier ist vor allem das, für den Verbraucher in aller Regel wesentlich größere Prozeßrisiko anzusprechen. Insbesondere bei großen Streitwerten kommen auf den "Kleinen Mann" ungleich höhere Risiken zu als auf die wirtschaftlich potenteren, einschlägig erfahrenen und gegebenenfalls sogar mit eigener Rechtsabteilung ausgestatteten Unternehmer. Deren finanzieller und intellektueller Vorsprung läßt den Verbraucher meist vor einem Prozeß überhaupt zurückschrecken⁴⁸⁾ oder aber wirkt im dennoch angestregten Rechtsstreit prozeßentscheidend. Diese Ungleichheit der prozessualen Ausgangslage ist zwar in einem, auf grundsätzlicher Freiheit basierenden Wirtschaftssystem nicht gänzlich zu vermeiden; sie ist jedoch mit zu berücksichtigen bei einer Bestandsaufnahme, die etwaige rechtspolitische Korrekturen vorbereiten soll.

Das Prozeßrisiko des Verbrauchers wird gerade bei der Verwendung von AGB noch wesentlich erhöht durch Gerichtsstands"vereinbarungen", die einen oft weit entfernten Ort festlegen.⁴⁹⁾

48) Vgl. Kollmar, Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, 1961, S. 134; v. Hippel JZ 72, 421; Peter DR 38, 55; Zachert DR 34, 184 f.

49) Im Rahmen der Fragebogenaktion in Sachen "Kulanz" wurde mir z.B. ein besonders krasser Fall eines "Montagsautos" bekannt: Bis zu einem Kilometerstand von nur 1.800 war - neben anderen gravierenden Mängeln - bereits zweimal ein Motoraustausch erforderlich gewesen. Der Käufer wollte - zu recht, vgl. BGHZ 22, 99 - wandeln. Da sich der Verkäufer dagegen sträubte, wollte der Kunde sein Recht einklagen. Nach genauer Lektüre der AGB des betreffenden Unternehmens resignierte er jedoch:

Unter I.2. hieß es dort: "Erfüllungsort und ausschließlicher Gerichtsstand für beide Vertragsteile für alle gegenwärtigen und/oder zukünftigen Ansprüche und Streitfragen aus dieser Geschäftsverbindung oder im Zusammenhang mit ihr ist der Sitz des Verkäufers".

Unter VII hieß es zudem: "Für alle Streitigkeiten, in welche die Régie Nationale des Usines Renault mit verwickelt ist, ist einzig und allein das Tribunal de la Seine, France, zuständig".

Daß diese einander widersprechenden und zudem von RENAULT-internen Vorgängen abhängigen Gerichtsstandsklauseln nichtig sind, konnte

Besonders bedenklich sind die Fälle, in denen der für den Kunden ungünstige Gerichtsstand über die Fiktion des § 29 ZPO verschleiert wird.⁵⁰⁾ Derartige Gerichtsstands"vereinbarungen" laufen in der Praxis meist darauf hinaus, daß die Betroffenen im Ergebnis überhaupt ohne wirksamen Rechtsschutz bleiben.⁵¹⁾

Darüberhinaus ist der Durchschnittsverbraucher in aller Regel überfordert, wenn er beurteilen soll, ob ihn benachteiligende und zudem verklausulierte AGB nach der vagen Formel der Rspr. als unwirksam anzusehen sind⁵²⁾ und ein Prozeß demnach erfolgversprechend erscheint.

Von der zunehmend schärferen Rechtsprechung vermag nach allem nur der Käufer zu profitieren, der sich anwaltliche Beratung zu leisten vermag. Der um vieles schutzbedürftigere Kleinverbraucher muß resignieren. So erklärt es sich auch, daß nur ein sehr kleiner Teil von Verträgen, die auf unbillige AGB gestützt sind, zum Gegenstand gerichtlicher Verfahren werden.⁵³⁾

- 1.3.2. Aber sogar der anwaltlich beratene Verbraucher, der das Wagnis eines Rechtsstreits auf sich nimmt, sitzt zumeist am kürzeren Hebel. Dies resultiert nicht nur aus der unterschiedlichen finanziellen Ausgangslage der Prozeßparteien; dazu kommt die übliche und manchmal von interessierter Seite auch manipulierte Langwierigkeit zivilprozessualer Streitigkeiten.⁵⁴⁾

der rechtsunkundige Käufer nicht wissen. Er fügte sich, da er vor Paris als möglichem Gerichtsstand zurückschreckte!

- 50) Vgl. H. Ostermeyer, Richter als Handlanger, in: Rasehorn, Ostermeyer, Huhn und Haase, Im Namen des Volkes?, 1968, S. 127 ff.
- 51) Vgl. Löwe ZRP 70, 97; Weber NJW 68. 3. Die Reformbestrebungen auf diesem Gebiet sind erfreulicherweise bereits in fortgeschrittenem Stadium. Vgl. die umfassende Darstellung von zur Megede ZRP 69, 200 ff, die bayerische Gesetzgebungsinitiative zur Änderung der ZPO, zusammengefaßt bei Löwe ZRP 70, 99; sowie die Bundesratsinitiative, dargestellt bei Löwe ZRP 70, 275 ff mit der allerdings ablehnenden Stellungnahme der Bundesregierung (BT-Drucksache VI - 1167).
- 52) Vgl. auch den Bundesminister der Justiz, BT-Drucksache VI - 3457; Gelhaar DAR 63, 1; Peter DR 38, 55.
- 53) Vgl. Löwe BB 72, 186; Hildebrandt, Verhandlungen des 41. Dtsch. JurT. II E. 30; Antwort des Bundesministers der Justiz auf eine kleine Anfrage im Bundestag, BT-Drucksache VI - 3457.
- 54) Vgl. Bender ZRP 69, 58 : danach dauerten z.B. 1965 62,1 % der Prozesse vor dem Landgericht länger als 6 Monate.

Mit zunehmender Prozeßdauer wachsen auch die Kosten des Rechtsstreits sowie Unsicherheit und Besorgnis hinsichtlich des Prozeßausgangs. All dies belastet den Verbraucher auf Grund seines relativ höheren Risikos weit mehr als den Unternehmer und läßt seine Bereitschaft steigen, einem Vergleichsangebot des Kontrahenten zuzustimmen.⁵⁵⁾ Kommt es zu einem Vergleich, so kann der Unternehmer dies als Erfolg verbuchen, da auf diese Weise eine gerichtliche Entscheidung über die Wirksamkeit seiner AGB umgangen worden ist. Für den Verbraucher hingegen wird der Vergleich - unter Berücksichtigung der Prozeßkosten - oft einem Verlust gleichkommen.

- 3.3. Selbst wenn es aber zu einem gerichtlichen Entscheid kommen sollte, sind die Risiken für den AGB-Aufsteller gering : einmal besteht eine Tendenz der Gerichte, vor der Ungültigkeitserklärung gerade langjährig verwendeter Klauseln zurückzuschrecken, vor allem auch dann, wenn einschneidende wirtschaftliche Folgen damit verbunden sind.⁵⁶⁾

Zum anderen wird der Unternehmer den Prozeß im Unterliegensfall in aller Regel im Instanzenzug weiterführen, nicht zuletzt auch in der Erwartung, daß dem Käufer angesichts des steigenden Risikos auf die Dauer "die Luft ausgehen",⁵⁷⁾ er zumindest aber in einen Vergleich einwilligen werde.⁵⁸⁾

Damit kann der Verbraucher jahrelang von einem, für seine Existenz möglicherweise ruinösen Urteil bedroht werden. Er wird zwangsläufig Akteur in einem "Glücksspiel mit sehr hohem Einsatz".⁵⁹⁾

- 3.4. Selbst bei letztinstanzlichem Obsiegen des Verbrauchers ist die Gesamtbilanz des Unternehmers positiv:

Er muß zwar die Prozeßkosten tragen, aber an die Stelle der für nichtig erklärten Klausel tritt regelmäßig⁶⁰⁾ die gesetzliche Regelung, d.h. die vom Gesetzgeber eigentlich als billig und gerecht angesehene Interessenverteilung. Der hart erkämpfte Erfolg des Verbrauchers besteht demnach alleine darin, daß das staatliche Recht wieder Geltung für ihn erlangt!

Auch - und das ist eine gewichtige Schwäche - berührt der Richterspruch nicht die vielleicht langjährige und gewinnträchtige Anwendung dieser Klausel.

55) Auf diesen Punkt verweist auch Kollmar a. a. O. S. 146.

56) Vgl. Haupt a. a. O. S. 200.

57) Vgl. auch Göring DJ 34, 1430!

58) Vgl. Haupt a. a. O. S. 200/201.

59) Löwe BB 72, 187.

60) Da die Rspr. § 139 BGB bei AGB in aller Regel nicht anwendet, vgl.

BGH BB 56, 608 und ausführlich hierzu oben S. 27.

sel gegenüber der großen Vielzahl anderer Kunden.

Ebensowenig besteht eine rechtliche Handhabe, den betreffenden Unternehmer in Zukunft zu einer Korrektur seiner nichtigen Geschäftsbedingungen zu zwingen. Kalkuliert dieser seine Profite - unter Ausnutzung des Abschreckungs- und Einschüchterungseffekts seiner gedruckten AGB - bei Beibehaltung der nichtigen Klausel(n) höher ein, so kann der einzelne Verbraucher wieder nur über die Tortur eines dornenreichen Rechtsstreits zu seinem Recht gelangen.⁶¹⁾

In der Regel jedoch wird der Unternehmer seine AGB daraufhin abändern, allerdings nicht unbedingt zu Gunsten des Käufers. Unter Zugrundelegung des Richterspruchs wird das ursprünglich Gewollte jetzt formaljuristisch unanfechtbar,⁶²⁾ in wirtschaftlicher Hinsicht oft sogar noch ungünstiger für den Käufer gemacht.⁶³⁾

Eine weitere Variante besteht darin, daß ein den Kunden begünstigendes Urteil, das in Form einer Ergänzung der AGB ergeht, in den Bedingungen einfach nicht berücksichtigt wird, obwohl im übrigen die teils bedeutungslosesten Einzelheiten detailliert aufgeführt sind.

61) Hart (Kritische Justiz 71, 277) **kommt** nach einer, allerdings nicht systematischen Überprüfung der vor die Untergerichte getragenen Fälle zu der Schlußfolgerung, daß mittlere und kleinere Unternehmen das Risiko eines Prozesses einkalkulieren, ihre AGB also trotz vorhandener Richterscheidungen nicht korrigieren. Für größere Unternehmen kommt er zu ähnlichen Ergebnissen. Vgl. hierzu auch Emmerich, JUS 72, 367, der von einem Fall berichtet, da eine Bank eine Klausel verwendet, die schon 1917 durch das RG als sittenwidrig verworfen worden war.

62) Vgl. auch Hurst a. a. O. S. 81.

63) So hatte beispielsweise der BGH (LM Nr. 1 zu den Allgemeinen Bedingungen für den Verkauf von Kraftfahrzeugen sowie Nr. 4 zu § 635 BGB) erkannt, daß der Besteller, dessen Gewährleistungsansprüche in AGB auf ein Nachbesserungsrecht beschränkt sind, gleichwohl Schadensersatz verlangen könne, wenn sich die Nachbesserung als unmöglich erweist oder wenn der Unternehmer die Nachbesserungspflicht schuldhaft verletzt. Daraufhin hat der Unternehmer eine Schadensersatzpflicht für den Fall, daß er die ihm gesetzte Nachbesserungsfrist "durch sein Verschulden fruchtlos verstreichen läßt", in seinen AGB ausdrücklich abbedungen und lediglich ein Rücktrittsrecht belassen. Der BGH hat die neue Fassung nicht beanstandet, vgl. BGH MDR 63, 494. - Weitere aufschlußreiche Beispiele bei Haupt a. a. O. S. 195 f; Großmann-Doerth a. a. O. S. 7 - 10.

- Ein aufschlußreiches Beispiel dieser Art betrifft eine grundlegende Rechtsprechung zum Gewährleistungsrecht beim Verkauf insbesondere neuer Möbel, Maschinen und Kraftfahrzeuge.

Diese Rspr. besagt, daß die gesetzlichen Gewährleistungsrechte der Wandlung und Minderung - auch wenn sie in AGB ausdrücklich ausgeschlossen und durch ein Nachbesserungsrecht ersetzt sind - dann wieder aufleben, wenn die Nachbesserung unmöglich oder unzulänglich ist oder wenn sie verweigert bzw. ungebührlich verzögert wird.⁶⁴⁾

Trotz dieser eindeutigen und immer wieder bestätigten Rechtsprechung findet sich in den heute gebräuchlichen Vertragsformularen der nationalen Automobilfirmen entweder überhaupt kein Hinweis auf diese überaus wichtigen und unabdingbaren Käuferrechte oder aber diese Rspr. wird nur teilweise berücksichtigt; gängige Formulierung in diesen Fällen: "Ein Anspruch auf Wandlung oder Minderung besteht nicht, es sei denn, daß der Verkäufer nicht in der Lage ist, den Mangel zu beheben".

Auch in letzterem Fall werden nur scheinbare Rechte des Käufers angesprochen, denn bei Serienfabrikaten wird - ausgenommen bei Konstruktionsfehlern - eine Reparatur immer möglich sein. Die für den Käufer eigentlich relevanten Aussagen dieser Rspr., nämlich Wiederaufleben der gesetzlichen Gewährleistungsrechte auch bei verweigerter, unzulänglicher oder ungebührlich verzögerter Nachbesserung werden dagegen bewußt unterschlagen. Sowohl diese Tatsache als auch das Faktum, daß z.B. das OLG Stuttgart noch 1962 über die inhaltlich gleichlautende Bestimmung der "Geschäftsbedingungen für den Verkauf von neuen Kraftfahrzeugen" zu entscheiden hatte⁶⁵⁾ wie mehr als 30 Jahre zuvor das Reichsgericht,⁶⁶⁾ ist überzeugender Beweis dafür, daß die Wirtschaft sich auch durch solche Grundsatzentscheidungen bei der Abfassung ihrer AGB nicht beeinflussen läßt. Entgegen der optimistischen Annahme Natelski's,⁶⁷⁾ daß sich auch an einem Rechts-

64) RG LZ 31, 1379; BGH MDR 54, 345; insbesondere BGHZ 22, 90 ff.

65) OLG Stuttgart NJW 63, 1206 mit treffender Anmerkung von Johannes; vgl. auch Auer BB 63, 1115 Nr. 1731.

66) RG LZ 1931, 1379.

67) DRiZ 55, 214; ebenso Kliege, Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse, 1966, S. 78. Ähnlich optimistisch äußert sich Raiser, a. a. O. S. 100, wenn gleich er einräumt, daß es manchmal lange dauere und mehrerer Urteile bedürfe, "bis sich der Unternehmer fügt".

streit nicht unmittelbar beteiligte Unternehmer - "zumal der Einfluß verantwortungsbewußter juristischer Berater nicht außer acht gelassen werden" dürfen - im Laufe der Zeit richtungsweisenden Urteilen fügen würden, muß daher der mittelbare Einfluß der Rspr. auf andere AGB-Aufsteller eher minimal eingeschätzt werden.⁶⁸⁾ Dabei kommt noch erschwerend hinzu, daß diesen minimalen Auswirkungen gerichtlicher Entscheidungen auf die Wirtschaft eine bedeutende legitimatorische Wirkung der AGB-Rechtsprechung auf die "vertragsunterworfenen" Verbraucher gegenübersteht.⁶⁹⁾

Dies alles hat zur Folge, daß von einer verschärften Rspr. in der Regel nur der zu profitieren vermag, der sich anwaltliche Beratung zu leisten vermag. Gegenüber dem "kleinen Verbraucher" aber erfüllen die bis ins Detail gehenden und scheinbar abschließenden AGB eine einträgliche Abschreckungswirkung.

2. Abschließend ist folgendes Fazit zu ziehen:

Die Rechtsprechung kann den Letztverbraucher mit dem ihr zur Verfügung stehenden rechtlichen Instrumentarium vor unbilligen AGB nicht hinreichend schützen.⁷⁰⁾

Sie kann es nicht, weil sie von ihrer ganzen Stellung im Rechtsschutzsystem her zu einer wirksamen Kontrolle von gesetzesähnlichen AGB nicht in der Lage ist.⁷¹⁾ Sie kann nur repressiv und in dem sehr seltenen Fall der gerichtlichen Geltendmachung zum Zuge kommen und auch dann sind ihre unmittelbaren wie mittelbaren Auswirkungen minimal. Vor allem aber - und dies

68) So auch Emmerich JUS 72, 368; Hurst a. a. O. S. 80/81.

69) Vgl. Hart, Kritische Justiz 71, 276.

70) Diese Einsicht scheint sich auch langsam in der Literatur durchzusetzen und wird vor allem neuerdings auch seitens der Regierung geteilt; vgl. einerseits Grunsky BB 72, 191; Emmerich JUS 72, 368; v. Hippel ZRP 72, 110; Hart, Kritische Justiz 71, 277; Lando, in: Richterliche Kontrolle ... (vgl. Fußnote 8) S. 169; zögernder jedoch Raiser, Generalreferat in: Richterliche Kontrolle ... (vgl. Fußnote 8) S. 141. Brandt, DRW 40, 76, drückt es noch drastischer aus und spricht von einer "Niederlage der Gerichte auf dem Gebiet der AGB".

Andererseits: "Bericht zur Verbraucherpolitik" der Bundesregierung v. 18.10.71, BT-Drucksache VI - 2724; Antwort des Bundesministers der Justiz auf eine kleine Anfrage im Bundestag, BT-Drucksache VI - 3457.

71) Vgl. auch Hart, Kritische Justiz 71, 277.

ist entscheidend - läßt sie den von AGB ausgehenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt, die "Disziplinierung" des Verbrauchers bereits im vorprozessualen Stadium, völlig unberührt. Daher sind weder eine weitere Verschärfung der Rspr. noch entsprechende gesetzliche Bestimmungen für sich allein geeignet, den Verbraucher wirksamer vor unbilligen AGB zu schützen.

Vielmehr muß - und das ist die ebenso bedeutsame Konsequenz für die rechtspolitischen Erwägungen - eine Effektuierung der AGB-Kontrolle darauf abzielen, den Rechtsschutz hinsichtlich AGB möglichst präventiv, generell und permanent auszugestalten.

IV. AGB-KONTROLLE AUS RECHTSVERGLEICHENDER SICHT

Es erscheint lohnenswert, der eigentlichen Erörterung der Kardinalfrage "Intensivierung der AGB-Kontrolle" einen kurzen Blick über unsere Grenzen vorzuschicken, zu untersuchen, wie und mit welchem Erfolg andere Länder der Problematik zu begegnen suchen.

1. In Frankreich kommt den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwar eine ähnliche wirtschaftliche Bedeutung zu wie in den anderen europäischen Ländern; dennoch fehlt eine vergleichbare juristische Begriffsbildung und kann man ganz allgemein sagen, daß AGB in der Rechtspraxis grundsätzlich denselben Regeln unterworfen werden wie Individualvereinbarungen.¹⁾ Es gibt zwar einige spezielle einschränkende Regeln vor allem im Versicherungsrecht und Transportwesen,²⁾ eine allgemeine Rechtsvorschrift, die besondere Regeln für den zulässigen Inhalt von AGB aufstellen würde, existiert jedoch nicht.

Ebenso kennt man eine AGB-Verwaltungsaufsicht nur in einigen wenigen Bereichen, wie im Banken- und Versicherungswesen sowie bei der öffentlichen Versorgung. Die Gerichte beschränken sich im allgemeinen auf die Prüfung, ob überhaupt eine Willenseinigung vorliegt, ob die AGB Vertragsbestandteil geworden sind. Dabei eröffnet Art. 1341 Code civile den Verbrauchern einen gewissen Schutz, indem er in vielen Fällen ein besonderes schriftliches Anerkenntnis für Vertragsbedingungen verlangt. Zwei weitere französische Besonderheiten, die Unabdingbarkeit der Haftung für grobe Fahrlässigkeit³⁾ ("faute grave") sowie die zwingende Ausgestaltung der Deliktshaftung⁴⁾ haben es mit sich gebracht, daß das Geschäftsbedingungs-
wesen in

1) Vgl. zur Situation in Frankreich ausführlich Neumayer, Länderbericht Frankreich, in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Heft 41, 1968, S. 20 ff.

2) Vgl. Neumayer, in: Richterliche Kontrolle ... (vgl. Fußnote 1) S. 24, 30.

3) Ständige französische Rspr.: vgl. Civ. 19.12.23 Gaz. Pal. 1924 I. 356; Civ. 19.12.60, J.C.P. 1961 IV.14.

4) Wobei jedoch zu beachten ist, daß im französischen Recht ein Kumulierungsverbot von Vertrags- und Deliktsklagen besteht; vgl. Lalou-Azard, Traité pratique de la responsabilité civile, 6. Auflage, 1962, Nr. 614 ff, S. 412 ff.

diesem Lande unproblematischer erscheint.⁵⁾

2. Auch in der Rechtspraxis der Schweiz - wo im übrigen die Haftung für grobe Fahrlässigkeit ebenfalls unabdingbar ist - werden AGB fast durchgehend wie gewöhnliche Individualvereinbarungen behandelt.⁶⁾ Unbilligen Formularbedingungen versucht man vor allem damit beizukommen, daß man eine Willensübereinstimmung der Parteien nur für die im Verkehr "üblichen" Klauseln annimmt⁷⁾ (Ungewöhnlichkeitsregel).⁸⁾

Eine präventive Verwaltungskontrolle besteht ausnahmsweise für die AGB der Privatversicherungen,⁹⁾ sowie für die Bedingungen der sogenannten Kreditkassen mit Wartezeit (Bausparkassen und ähnliche Organisationen).¹⁰⁾ Im übrigen vertraut man darauf, daß sich der Gesetzgeber - vor allem durch Vermehrung zwingender Rechtsvorschriften - des Problems annehmen wird.

3. Dieser Ruf nach dem Gesetzgeber ist in Italien bereits erhört worden.¹¹⁾ Die Geschäftsbedingungen und Formularverträge betreffenden Rechtsvorschriften des Codice civile (C.c.) haben folgenden übersetzten¹²⁾ Wortlaut:

Art. 1341

Abs. 1 Die von einem Vertragsteil schon im voraus festgesetzten allgemeinen Geschäftsbedingungen (conditioni generali di contratto) sind dem anderen gegenüber wirksam, wenn dieser sie im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kannte oder bei Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt hätte kennen müssen.

5) Vgl. Neumayer in: Richterliche Kontrolle ... (vgl. Fußnote 1) S. 28.

6) Vgl. ausführlich zur Rechtslage in der Schweiz: Merz, Länderbericht Schweiz, in: Richterliche Kontrolle ... (vgl. Fußnote 1) S. 67 ff.

7) Vgl. BGE 49 II 185; 51 II 230; 64 II 357; vgl. auch Auer BB 63, 1115.

8) Merz in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1) S. 84.

9) Nach Art. 2 und 4 des Bundesgesetzes betreffend die Beaufsichtigung von Privatunternehmen im Gebiete des Versicherungswesens vom 25.6.1885.

10) Art. 19 ff, insbesondere Art. 40, 41 der Verordnung vom 5.2.1935.

11) Vgl. besonders zur italienischen Rechtslage: Fausel, Der rechtliche Schutz des Kunden vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen und italienischen Recht, Diss. München 1966 sowie Neumayer, Länderbericht Italien, in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1) S. 52 ff.

12) Eine deutsche Übersetzung des C.c. wurde herausgegeben von Mariano San Nicolo und H.L. Becher, 1965.

Abs. 2 In jedem Falle sind, außer bei ausdrücklicher schriftlicher Bestätigung, diejenigen Bedingungen unwirksam, die zugunsten desjenigen, der sie im voraus festgesetzt hat, Haftungsbeschränkungen, die Befugnis zum Rücktritt vom Vertrag oder zur Aussetzung seiner Durchführung bestimmen oder aber zu Lasten der anderen Vertragspartei Verwirkungen, Beschränkungen der Befugnis zur Erhebung von Einwendungen, Einschränkungen der Vertragsfreiheit gegenüber Dritten, stillschweigende Verlängerung oder Erneuerung des Vertrages, Schiedsgerichtsklauseln oder Änderungen der Zuständigkeit der Gerichte verfügen.

Art. 1342 Bei Verträgen, die durch Unterfertigung von Musterverträgen oder Vordrucken (*moduli o formulari*) geschlossen werden, die zur gleichmäßigen Regelung bestimmter Vertragsverhältnisse im voraus aufgestellt werden, gehen im Falle der Unvereinbarkeit die dem Mustervertrag oder Vordruck hinzugefügten den darin enthaltenen Klauseln vor, auch wenn diese letzteren nicht ausgetrichen worden sind. Außerdem ist die Vorschrift von Abs. 2 des vorstehenden Artikels zu beachten.

Art. 1370 Klauseln, die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in Musterverträgen oder Vordrucken enthalten sind, die ein Vertrags-
teil im voraus aufgestellt hat, sind im Zweifel zugunsten des anderen Teils auszulegen.

Nur einige erläuternde Bemerkungen zu dieser "Pionierinitiative" ¹³⁾: Die Art. 1341 und 1342 C.c. stehen eindeutig im Zeichen der Rechtssicherheit. Durch eine Kombination gesetzlicher Auslegungsregeln, Vermutungen und Abschlußformalitäten soll weitgehendst Klarheit darüber gewonnen werden, welche Bedingungen Vertragsbestandteil geworden sind. ¹⁴⁾

Bedeutsam ist die in Art. 1341 C.c. getroffene Unterscheidung in einfache Bedingungen und "lästige" ¹⁵⁾ bzw. "gefährliche" ¹⁶⁾ Klauseln. Hinsichtlich der einfachen Klauseln werden beiden Vertragspartnern gewisse Obliegenheiten aufgetragen, wodurch jedoch vor allem die ohnehin meist fragile Position des Verbrauchers noch weiterer Belastung ausgesetzt wird. ¹⁷⁾ Bei

13) Neumayer in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1) S. 53.

14) Neumayer in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1) S. 53.

15) Grebner NJW 71, 968.

16) Neumayer in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1) S. 58.

17) Siehe Sconamiglio, Contratti in generale, Milano, 1961, S. 152.

den "gefährlichen" Klauseln hingegen kommt man von dem, für den Kunden möglicherweise gefährlichen Obliegenheitsprinzip wieder zurück zum reinen Vertragsprinzip.¹⁸⁾ Das Erfordernis einer gesonderten, förmlichen Bestätigung rechtsbegründenden Charakters ist Ausdruck des gesetzgeberischen Bestrebens, die Aufmerksamkeit des Kunden nachdrücklich auf die belastenden Klauseln zu lenken.¹⁹⁾

Gerade auf diese strenge Förmlichkeit aber ist es wiederum zurückzuführen, daß für eine richterliche Billigkeitskontrolle einmal wirksam vereinbarter AGB kein Platz mehr bleibt.²⁰⁾

Bei der Inhaltskontrolle wird also zwischen AGB und Individualrechtsgeschäften kein Unterschied gemacht, wobei allerdings auch in Italien ein gewisser Verbraucherschutz dadurch gewährleistet wird, daß Art. 1229 Abs. 1 C.c. jegliche Freizeichnung von der Haftung aus grober Fahrlässigkeit zwingend verbietet.

Während die Vorschrift des Art. 1370 C.c. nur noch eine gesetzliche Fixierung des allgemeinen Grundsatzes: "Unklarheiten gehen zu Lasten des Aufstellers" darstellt, finden sich auch in Italien vereinzelt obligatorische (Lebensversicherungen) und fakultative (Schadensversicherungen) behördliche Präventivkontrollen für Geschäftsbedingungen.²¹⁾

Demgegenüber geht in den USA, ähnlich wie in Deutschland, die Tendenz zu einer direkten Inhaltskontrolle für AGB.²²⁾ Die Gerichte haben in einer wachsenden Zahl von Fällen besonders Freizeichnungsklauseln wegen Verstoßes gegen die "public policy" die Anerkennung versagt.²³⁾

Unterstützt wurde dieser Trend noch durch § 2 - 302 Uniform Commercial Code (UCC) von 1962, der die Richter ausdrücklich zur offenen Kontrolle unbilliger Klauseln, insbesondere in Formularverträgen, ermächtigt hat.²⁴⁾

Dennoch ist bemerkenswert, daß diese Klausel - obwohl als umstrittenster

18) Vgl. hierzu Cass. 16.6.62 Rep. Giur. Ital. 1962, Sp. 2691, Nr. 126.

19) Vgl. Grebner NJW 71, 969.

20) Vgl. Neumayer in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1) S. 64, 65.

21) Neumayer in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1) S. 65.

22) Vgl. Yadin, Legislative Control of Standard Contracts, in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1) S. 149.

23) Vgl. Gottfried Raiser, Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und deutschen Recht, 1966, S. 57 ff, S. 87 ff.

24) Vgl. v. Hippel, RabelsZ 1969, 564 ff.

und umfassenster Rechtssatz des gesamten Code bezeichnet ²⁵⁾ - nach Informationen von Yadin ²⁶⁾ bis Ende 1966 nur in zwei Fällen einem Urteil zugrundegelegt wurde. Demgegenüber weist jedoch v. Hippel, ²⁷⁾ gestützt auf eine jüngere Darstellung von Shulkin ²⁸⁾ darauf hin, daß sich in der Praxis bereits Fallgruppen und Gesichtspunkte herausgebildet hätten, die der Generalklausel festere Konturen verliehen hätten. Eine Besonderheit besteht letztlich darin, daß nach § 2 - 316 (2) UCC Klauseln, durch die sich der Verkäufer von der Haftung für die Mangelhaftigkeit seiner Ware freizeichnet, nur dann wirksam sind, wenn sie im Schriftbild des Vertrages besonders hervorgehoben sind.

5. In den Niederlanden stimmt der derzeitige Rechtszustand mit dem in der Bundesrepublik Deutschland weitgehend überein, allerdings mit dem Unterschied, daß bei der Inhaltskontrolle eine differenzierte Behandlung von Individual- und Massenvertrag nicht erkennbar ist. ²⁹⁾ Von besonderem Interesse jedoch ist, daß im Zuge einer Neuregelung des aus dem Jahre 1838 stammenden Zivilgesetzbuches Teilfragen des Rechts der AGB gesetzlich geregelt werden sollen.

Bereits im Jahre 1964 wurde der niederländischen Volksvertretung ein Gesetzentwurf ³⁰⁾ vorgelegt, der einen entscheidenden Schritt in Richtung auf eine Objektivierung der AGB sowie auf einen verstärkten behördlichen Einfluß in diesem Bereich darstellen würde. Danach sollen vor allem für bestimmte Branchen ständige Vertragsbestimmungen (*standaardregeling*) aufgestellt werden durch eine Kommission, die vom Justizminister berufen wird und in der die beteiligten Wirtschaftskreise mitvertreten sein sollen.

Nach Genehmigung durch die Regierung erlangen diese Vertragsbestimmungen Gesetzeskraft, gelten also auch ohne Verweisung für den Einzelvertrag. Allerdings sollen diese ständigen Vertragsbestimmungen nach Art. 2 Abs. 5 des Entwurfes nicht zwingend sein; eine gewisse Kontrolle wird aber wiederum dadurch erreicht, daß diese "standaardregeling" für abweichende Ver-

25) Vgl. Gottfried Raiser a. a. O. S. 129 Nr. 52.

26) In: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1) S. 155; ebenso Lando in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1) S. 170.

27) In RabelsZ 1969, 564 f.

28) Shulkin, Unconscionability, The Code, the court and the consumer: Boston College Industrial and Commercial L. Rev. 9 (1968) S. 377 ff.

29) Vgl. Westermann NJW 63, 1587.

30) Vgl. die deutsche Übersetzung dieses Gesetzentwurfes bei Westermann NJW 63, 1586/1587.

tragsklauseln eine bestimmte Form vorschreiben können.

Obwohl dieser Gesetzentwurf den maßgeblichen Gesetzgebungsorganen nunmehr bald ein Jahrzehnt vorliegt, ist nach Auskunft des niederländischen Justizministeriums im Augenblick noch nicht vor auszusehen, wann der Entwurf beschlossen und in Kraft treten wird. Die Verzögerungen werden allerdings verständlich, wenn man berücksichtigt, daß es sich hier nicht um ein isoliertes AGB-Gesetz sondern um eine umfassende Neufassung des niederländischen Zivilrechts handelt.

Aus den skandinavischen Ländern Dänemark, Norwegen und Schweden - deren Gesetze im Bereich des Vermögensrechts weitgehend konform sind ³¹⁾ - waren bis vor kurzem keine bemerkenswerten Impulse hinsichtlich einer effektiveren AGB-Kontrolle zu erfahren. Die Gesetzgebung negierte Geschäftsbedingungen fast völlig und die Rspr. versuchte vornehmlich bei der Frage, ob AGB Vertragsbestandteil geworden sind ³²⁾ sowie über verschiedene Auslegungsmethoden einseitiger AGB Herr zu werden. ³³⁾ Auch hat sich in allen drei Ländern eine, allerdings sehr vage ³⁴⁾ Richterregel gebildet, die als direkte Inhaltskontrolle vor allem weitreichende Freizeichnungsklauseln beseitigt hat.

Durch das Gesetz Nr. 112 über das Verbot unbilliger Vertragsbedingungen vom 30.4.1971 wurde allerdings nunmehr in Schweden juristisches Neuland betreten. Dieses Gesetz hat zur Bildung eines sogenannten Marktrats geführt, der sich aus Vertretern des Staates, der Unternehmer und der Verbraucher zusammensetzt. Der Marktrat hat das Recht, auf Antrag eines Verbraucherombudsmanns unbillige AGB zu verbieten.

Da das Gesetz erst am 1.7.1971 in Kraft getreten ist, ist es noch zu früh, um eine kritische Bilanz ziehen zu können.

Ganz besonders erwähnenswert ist der in Israel durch das Standard Contracts Law 5724 von 1964 ³⁵⁾ eingeschlagene Weg. ³⁶⁾

31) Vgl. Lando, Länderbericht Skandinavien, in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1) S. 107; Neumayer, Festschrift für Franz Laufke, 1971, S. 150.

32) Vgl. Neumayer, Festschrift für F. Laufke, 1971, S. 178.

33) Lando in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1) S. 112.

34) Der schwedische Högsta Domstolen hat eine Klausel für nichtig erklärt, weil die darin enthaltenen Freizeichnungen "offenbar weiter gehen als die Rechtsordnung es hinnehmen kann", NJA 1951, 138.

35) Eine englische Fassung dieses Gesetzes findet sich im Anhang zu: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1) S. 175 f.

36) Vgl. ausführlich hierzu Yadin in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1)

Dieses Gesetz hat zur Gründung eines sogenannten Board geführt, der sich aus einem Richter und zwei Laien zusammensetzt. Jeder Unternehmer kann (obligatorische Regelung !) seine Geschäftsbedingungen dem Board zur Überprüfung vorlegen.³⁷⁾

Eine weitere wichtige Besonderheit besteht darin, daß das Gesetz einen Katalog suspekter Klauseln (restrictive terms) enthält; dieser Katalog wurde von einer israelischen Kommission nach eingehender Untersuchung einer Vielzahl damals gebräuchlicher AGB zusammengestellt. Die Überprüfung durch den Board geht nunmehr dahin, ob eine solche, unter den Katalog der suspekten Klauseln fallende Bedingung unter Berücksichtigung der AGB in ihrer Gesamtheit und aller sonstigen Umstände die Rechte des Kunden unzulässigerweise schmälert (prejudice the customers) oder dem Unternehmer einen ungerechtfertigten Vorteil zu Lasten des Kunden einräumt.³⁸⁾

In diesem rechtsprechungsähnlichen Prüfungsverfahren sind der Justizminister sowie andere Interessenvertreter zu hören, die im übrigen auch das Recht haben, die Entscheidung des Board gerichtlich nachprüfen zu lassen.

Billigt der Board die suspekten Klauseln, so sind sie der richterlichen Kontrolle für die Dauer von (höchstens) fünf Jahren entzogen. Wird die Genehmigung verweigert, so werden die entsprechenden Bedingungen für nichtig erklärt mit Wirkung ex-nunc. Alle Entscheidungen des Board werden in einem - jedermann zugänglichen - Register gesammelt.

Die praktischen Auswirkungen dieses Gesetzes waren jedoch bisher gering: nur wenige Formularverträge wurden dem Board vorgelegt und die einzige eingehend begründete Entscheidung wurde noch nicht einmal veröffentlicht.³⁹⁾ Ebenso vermag man noch nicht zu beurteilen, ob etwa schon die

S. 143 ff; Comment, Administrative Regulation of Adhesion Contracts in Israel, Col. L. Rev. 66 (1966), 1344; Hecht, The Israel Law on Standard Contracts, Israel L. Rev. 3 (1968) S. 586 ff.

37) Eine ähnliche fakultative AGB-Verwaltungskontrolle für die nordischen Staaten wurde 1957 auf dem 21. Nordischen Juristentag von Olsson vorgeschlagen, der allerdings damit auf lebhaften Widerspruch stieß, vgl. dazu Neumayer in Festschrift für Franz Laufke, 1971, S. 176/177, insbesondere auch Fußnote 131.

38) Vgl. das Standard Contracts Law 5724 Ziffer 6.

39) Vgl. Yadin in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 1) S. 154/155 sowie v. Hippel, ZRP 72, 110 Anm. 7, der auf eine persönliche Auskunft von Prof. Yadin verweist, wonach der Erfolg dieser behördlichen Kontrolle bisher bescheiden geblieben sei.

bloße Existenz dieses Gesetzes einen mäßigenden Einfluß auf die AGB-Aufsteller ausgeübt hat.⁴⁰⁾

Fazit und Überleitung: Es ist festzuhalten, daß in vergleichbaren Industrieländern jedenfalls eine deutliche Tendenz besteht, dem Problem unbilliger AGB durch gesetzgeberische und behördliche Initiativen beizukommen. Im folgenden sollen nunmehr die wesentlichsten, in der Literatur vorgeschlagenen Wege zu einer intensivierten AGB-Kontrolle dargelegt und erörtert werden.

Es wird dabei differenziert nach Maßnahmen,

- die ein Mitwirken weder von Legislative noch von Exekutive erfordern (Kapitel V), sowie nach solchen
- die neue oder modifizierte Rechtsnormen verlangen (Appell an den Gesetzgeber - Kapitel VI) und letztlich nach den Vorschlägen,
- die auf eine Intensivierung behördlicher Kontrollen abzielen (Kapitel VII).

40) Yadin in: Richterliche Kontrolle . . . (Fußnote 1) S. 155.

V. ABWEHRMASSNAHMEN, DIE WEDER GESETZGEBERISCHE NOCH
BEHÖRDLICHE INITIATIVEN ERFORDERN

1. Der natürlichste Weg wäre der, daß die Verbraucher sich zu ebenbürtigen Organisationen zusammenschlossen und die Geschäftsbedingungen mit den jeweiligen Wirtschaftsverbänden in freien und gleichberechtigten Verhandlungen vereinbarten.¹⁾

Eine wesentliche Ursache für die Einseitigkeit von AGB, die Macht- und Einflußlosigkeit des einzelnen Verbrauchers, seine Abhängigkeit vom sozial überlegenen Unternehmer, wäre damit beseitigt. Es stünden sich wieder annähernd gleichstarke Vertragspartner gegenüber, die durch ihr jeweiliges Streben nach größtmöglichem Eigennutz einen ausgewogenen vertraglichen Interessenausgleich garantieren würden.

Der aufgezeigte Weg ist jedoch unrealistisch: denn auf Seiten der ausgenutzten Kunden steht die große, amorphe Masse der Verbraucher, die die erforderliche Bereitschaft zur Selbstorganisation vermissen läßt.²⁾ Es fehlt aber nicht nur die Organisationsbereitschaft sondern auch die, für die Durchsetzung der eigenen Interessen zwingend erforderliche Bereitschaft zum Konsumverzicht.³⁾

Die Situation ist hier grundlegend anders als im Arbeitsrecht, wo sich seit dem letzten Jahrhundert durch Arbeitnehmerzusammenschlüsse ein mächtiges soziales Gegengewicht zur Arbeitgeberschaft gebildet hat, das die rücksichtslose Ausbeutung insbesondere der Arbeiter im 19. und zu Anfang des 20. Jahrhunderts auf ein erträgliches Maß reduziert hat. Diese Balancierung der Kräfte hat zu einem detaillierten Arbeitsschutzrecht sowie zu mehr oder

1) Vor allem in der französischen Literatur wurde dieser Weg erwogen, vgl. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, 1961, Nr. 242, 247 ff.

2) Vgl. auch den "Bericht zur Verbraucherpolitik" der Bundesregierung, BT-Drucksache VI - 2724; Löwe BB 72, 186, 188; Raiser, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, Streitgespräch II E 24; Grunsky BB 72, 190; Mroch a. a. O. S. 34.

3) So blieb beispielsweise ein Aufruf von Verbraucherverbänden an alle schweizerischen Hausfrauen, wegen des anhaltenden Preisauftriebs 10 Tage lang nicht unbedingt notwendige Waren zu boykottieren, weitgehend unbeachtet, vgl. *Süddeutsche Zeitung* v. 18.11.1971.

weniger ausgewogenen Tarif- und Arbeitsverträgen geführt.⁴⁾

Eine derartige Entwicklung - sie würde weitgehend die Problematik unbilliger AGB gegenstandslos machen - ist jedoch auf dem hier interessierenden Gebiet so gut wie ausgeschlossen.

2. Ähnlich aussichtslos⁵⁾ ist der immer wieder erhobene Appell an die Wirtschaft, sich in Selbstkontrolle zu üben.⁶⁾ Diese Möglichkeit besteht nunmehr seit Jahrzehnten und dennoch ist von dieser Seite keinerlei Besserung erreicht worden.⁷⁾ Dort, wo das Streben nach Profitmaximierung alleinige Richtschnur des Handelns ist, muß ein derartiger Appell von vorneherein zum Scheitern verurteilt sein.⁸⁾
3. Andere Stimmen⁹⁾ in der Literatur wollen darauf vertrauen, daß eine Intensivierung und Ausdehnung des Wettbewerbs auch auf die AGB dazu in der Lage sei, die einseitige Interessenwahrung in Geschäftsbedingungen abzubauen. Dieses Vertrauen verkennt jedoch die Realitäten.
Es mutet schon seltsam genug an, gerade in einer Zeit, da der Wettbewerb infol-

4) Auch Reinhardt, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 16/17, stellt diese arbeitsrechtliche Entwicklung als instruktives Beispiel hin.

5) Vgl. Stoldt, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages E 13; Raiser ebenda E 24; Fischer BB 57, 487; Lukes JUS 61, 307; Hecht, ZschweizR 1960, 69.

6) Vgl. Hildebrandt, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages E 7; Schlegelberger JR 55, 326; Yadin in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Heft 41, 1968, S. 143; Prost BB 55, 1035, vertraut auf das Verantwortungsbewußtsein der maßgeblichen Industrieverbände.

7) Vgl. auch Lukes JUS 61, 307; W. Weber a. a. O. N 397.
Der Aufruf von 6 Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft im Juli 56 unter dem Titel "Keine unbilligen Leistungs- und Zahlungsbedingungen", der den Mißbrauch von AGB kritisiert und verurteilt, ist ungehört verhallt.

8) Vgl. auch Baur DAR 62, 329.

9) Vgl. v. Brunn a. a. O. S. 112; derselbe in: Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages E 19: "Wie der Wettbewerb für die Bildung marktgerechter Preise sorgt, so muß er das Zustandekommen angemessener Bedingungen gewährleisten". Sehr vorsichtig: Prost BB 55, 1033; W. Weber a. a. O. N 468. Neuerdings wieder Grunsky BB 71, 1113 f; derselbe BB 72, 189.

ge Konzentrierung und Monopolisierung der Wirtschaft sogar in seinen ursprünglichen Domänen, Preis und Qualität, zunehmend gefährdet erscheint und kartellrechtliche Gegenmittel bereits in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht sind, nunmehr auch bei dem Problem der AGB auf die Karte "Wettbewerb" zu setzen. Aber auch aus anderen sachlichen Gründen ist dieser Vorschlag unhaltbar: er erkennt, daß AGB schon von ihrer äußeren Form und ihrem Inhalt her zum Wettbewerb nicht angelegt und auch nicht gedacht sind. Wie anders sollte man es sich erklären, daß die AGB tunlichst kleingedruckt, versteckt und verklausuliert gehalten sind, die Wirtschaft immer wieder darauf dringt, daß möglichst geringe Anforderungen an Verweisung und Einsehbarkeit ihrer Bedingungen von der Rspr. gestellt werden. Weiter würde ein für den Unternehmer erfolgversprechender Wettbewerb voraussetzen, daß Vor- und Nachteile von Geschäftsbedingungen der großen Masse der Verbraucher ohne weiteres erkennbar sind, daß diese folglich die fachlichen und intellektuellen Voraussetzungen besitzen, um die angebotenen AGB entsprechend zu würdigen. Diese Voraussetzungen sind jedoch nicht gegeben ¹⁰⁾ und können auch gar nicht gegeben sein angesichts der Tatsache, daß die umfangreichen Formularbedingungen oft sogar dem Fachjuristen nicht transparent werden.

Ganz abgesehen davon fehlt es dem Verbraucher an Zeit und Muße, die Geschäftsbedingungen mehrerer Unternehmer vor dem Kauf zu studieren und zu vergleichen.

Er hat im Augenblick des Vertragsschlusses in aller Regel nur seinen Bedarf im Auge ohne zu bedenken, daß es nach vollzogenem Leistungsaustausch noch zu irgendwelchen Störungen kommen könnte. ¹¹⁾

Auch ist zu bedenken, daß der Unternehmer gerade heutzutage Wettbewerb nur noch dort suchen wird, wo er die Vorteile seiner Leistung durch Werbung verbreiten kann. Werbung ist jedoch dort fehl am Platze, wo etwa Gerichtsklauseln und Verjährungsfristen angepriesen werden müßten. ¹²⁾ Eine

10) Vgl. auch Fischer BB 57, 482; Löwe BB 72, 186. Auch Grunsky erkennt dies als springenden Punkt seiner Argumentation an, BB 72, 190.

11) Vgl. Löwe BB 72, 186.

12) Vor allem auch muß Werbung auf die Darstellung der positiven Seiten der Leistung abzielen; in AGB werden jedoch hauptsächlich die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen geregelt. Wollte man deren großzügige Ausgestaltung werbewirksam darstellen, so würde man viel eher einen negativen Werbungseffekt erzielen, nämlich den Käufer an Mängel der Leistung und daraus resultierende Ärgernisse erinnern.

generelle Verwendung von AGB zu Werbungszwecken erscheint daher geradezu undenkbar.

Wohl wird - und dies wird von den Befürwortern der Wettbewerbslösung auch stets zur Rechtfertigung ihrer Thesen vorgebracht - im Kraftfahrzeughandel zunehmend die Dauer der Garantie aus wettbewerblichen Gründen verlängert.¹³⁾ Dies wird auch in der Werbung maßgeblich herausgestellt.¹⁴⁾ Abgesehen davon aber, daß es sich hier um seltene Ausnahmen im Gesamtwirtschaftsbereich handelt, sind hier noch zwei Besonderheiten zu berücksichtigen: Einmal steht der Kfz. -Markt unter gewissen Eigengesetzlichkeiten; es gibt keinen Wirtschaftsbereich, in dem der Kunde auch nur annähernd so verbraucherbewußt und informiert ist; da diese Voraussetzungen gegeben sind, kann auch Werbung und damit Wettbewerb betrieben werden. Zum zweiten stellt der Wettbewerb mit Garantiebedingungen nur vordergründig einen Wettbewerb mit AGB dar. Im Grunde genommen handelt es sich hier um Qualitätswettbewerb; denn der Unternehmer verlängert die Garantie, weil er glaubt, daß die Qualität seiner Ware Fehlerfreiheit auch für den längeren Zeitraum gewährleistet, und umgekehrt schließt der Kunde von der verlängerten Garantie auf eine bessere Qualität des Erzeugnisses und bezieht diesen Schluß in seine Kaufüberlegungen mit ein.¹⁵⁾ Ganz allgemein kann festgestellt werden, daß AGB für den Wettbewerb ungeeignet sind und auch nicht zu erwarten steht, daß die Wirtschaft sich in-

13) Z. B. geben viele Gebrauchtwagenhändler heute ihren Kunden eine dreimonatige Garantie, ist die Gewährleistung für den RO 80 stark ausgeweitet und zeichnet sich vor allem auf dem Kfz-Markt in den USA eine Tendenz zur Verlängerung der Garantie ab, vgl. Grunsky BB 71, 1116; Baur DAR 62, 325, 329. Dies ist auch durchaus - entgegen der Ansicht Löwe's, BB 72, 186 - auf verstärkten Wettbewerb zurückzuführen; daß Absatzschwierigkeiten der Kfz. -Branche Anlaß für die Intensivierung dieser Art Wettbewerb waren, beseitigt nicht den wettbewerblichen Charakter dieser Garantieverlängerungen.

14) Das Beispiel macht die wechselseitigen Abhängigkeiten zwischen Wettbewerb und Werbung sehr deutlich.

15) In aller Regel denkt der Käufer nicht negativ in dem Sinne, daß er, wenn ein Fehler auftritt, eine längere Garantie hat sondern vielmehr positiv, nämlich daß er mit einer längeren Fehlerlosigkeit sicher rechnen kann.

soweit engagieren wird.¹⁶⁾

4. Weitere vorgeschlagene **Kontrollmöglichkeiten**, die unter dieses Kapitel fallen, wie notarielle Unbedenklichkeitsbescheinigungen,¹⁷⁾ besondere AGB-Kontrolle durch OLG-Senate¹⁸⁾ und amtliche Formularblätter für wichtige, typische Vertragsverhältnisse¹⁹⁾ sind meist ohne die gebotene eingehende Begründung in die rechtspolitische Diskussion eingeführt worden. Sie blieben in der Rechtsliteratur weitgehend ohne Resonanz, wurden teils²⁰⁾ von ihrem Verfasser selbst zurückgenommen und bieten insgesamt keinen überzeugenden Ansatz zu einer wesentlich effektiveren Kontrolle. Eine Darstellung und kritische Erörterung erübrigt sich.

- 4.1. Letztlich sind noch einige Vorschläge zu erwähnen, die jedoch nur als flankierende Hilfsmittel zu werten sind. Die Schaffung eines Zentralregisters wird erwogen,²¹⁾ in dem gerichtlich für nichtig erklärte Klauseln verzeichnet werden.

Eine sogenannte "schwarze Liste" besonders unbilliger Klauseln soll angefertigt werden;²²⁾ fällt eine konkrete Vertragsklausel unter die schwarze Liste, so ist dies ein Indiz für ihre **Unangemessenheit**.

Letztlich werden die Ausarbeitung eines Handbuchs, in dem sämtliche verfügbaren AGB verzeichnet sind,²³⁾ sowie die Zuleitung wichtiger gerichtlicher Entscheidungen an die einschlägigen Industrieverbände vorgeschlagen.²⁴⁾

Alle diese Maßnahmen sind mehr oder weniger brauchbar, allerdings nur als untergeordnete Hilfsmittel. Den erforderlichen wirksamen Rechtsschutz vermögen sie jedoch allesamt nicht zu gewährleisten.

16) Ablehnend auch v. Hippel JZ 72, 420, Fußnote 52; Ott NJW 73, 297 ("neoliberale Vorstellungen").

17) Klausling, Rechtsgestaltung und Rechtsschöpfung im Vertrags- und Gesellschaftswesen, 1936 S. 37; ähnlich Peter DR 38, 56, der einen "vom Reich bestellten Treuhänder" zur Kontrolle bestellt wissen will.

18) Vgl. v. Brunn a. a. O. 1. Auflage S. 141.

19) Vgl. Zacherl DR 34, 184 f.

20) Vgl. v. Brunn, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 19.

21) Vgl. Raiser, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 27; Mroch a. a. O. S. 35.

22) Vgl. Haupt a. a. O. S. 22; Nastelski DRiZ 55, 213; Hildebrandt AcP 143, 329.

23) Peter DR 38, 56.

24) Vgl. Prost BB 55, 1035.

VI. DIE VORGESCHLAGENEN GESETZLICHEN NEUREGELUNGEN

- Es sind zunächst ganz allgemein die Vorzüge und Nachteile einer Reform auf dem Wege der Gesetzgebung darzustellen.
1. Für eine gesetzgeberische Initiative spricht ganz entscheidend die Erwägung, daß im demokratischen Rechtsstaat nur ¹⁾ auf diesem Weg die dringend erforderliche, umfassende ²⁾ Neuordnung des Rechts der AGB erreicht werden kann. Sei es, daß man neue Gesetze schafft oder alte modifiziert, sei es, daß man eine irgendeartige Verwaltungskontrolle einschaltet, in jedem Fall bedarf es des Gesetzgebers.
- Was die hier zunächst interessierende Frage neuer Gesetze anlangt, so haben diese den Vorteil, daß sie mit wenigen Worten, teils auch nur durch Umstellung oder Streichung einzelner Worte eine grundlegende, generelle und für alle Rechtsgenossen verbindliche Rechtsänderung bewirken können.
2. Hinsichtlich der Schwächen ist jedoch gerade in bezug auf neue Rechtsnormen die Einschränkung zu machen, daß sie zwar für alle verbindlich sind, konkrete Sanktionen bei einer Mißachtung der Verbindlichkeit aber - wie ausführlich geschildert ³⁾ - nur sehr selten und zudem nur in einem aufwendigen, langwierigen, insgesamt unzulänglichen Gerichtsverfahren auferlegt werden können.
- Die sonstigen Bedenken, die ganz allgemein gegen einen Ruf nach dem Gesetzgeber anzuführen sind, stützen sich auf eher praktische Schwächen, auf Schwächen, die einem demokratischen Rechtsstaat allerdings immanent sind. Hier sind anzuführen der erhebliche Zeitbedarf für eine Gesetzesnovelle, u. a. bedingt durch das in Art. 76 ff GG mit vielfältigen förmlichen und rechtsstaatlichen Sicherungen ausgestattete Gesetzgebungsverfahren; damit hängen zusammen die Schwerfälligkeit des Gesetzgebungsapparates sowie die nicht zu übersehende Überforderung des Gesetzgebers.
- Ganz entscheidend zu Buche schlägt auch der unkontrollierte Einfluß der Lobby, was im Bereich der AGB besonders schwerwiegend erscheint, da der

1) Ob man bereits so weit gehen und unseren Staat als "Gesetzgebungsstaat" bezeichnen sollte, mag dahingestellt bleiben; vgl. hierzu Wietölter, Rechtswissenschaft, 1968, S. 347 (Denninger).

2) Vgl. auch Meyer-Ladewig MDR 63, 726.

3) Vgl. oben Kapitel III.

mächtigen Industrielobby die im Parlament absolut unterrepräsentierte,⁴⁾ ohne Pressions- und Sanktionsmöglichkeiten ausgestattete Verbraucherschaft gegenübersteht.

Hieraus, sowie aus der vorgegebenen Abhängigkeit von den jeweiligen politischen Mehrheitsverhältnissen resultiert die Gefahr, daß wichtige Gesetze entweder überhaupt nicht⁵⁾ oder völlig entschärft und verwässert verabschiedet werden.

1. 3. Fazit: Trotz der aufgezeigten Schwierigkeiten kann - angesichts der Ausichtslosigkeit anderer Korrektive - auf ein Eingreifen des Gesetzgebers nicht verzichtet werden. Der Hinweis auf die Überforderung des heutigen Gesetzgebers muß solange unbeachtlich bleiben, wie dieser sich in aller Ausführlichkeit auch der Regelung untergeordneter Nebenmaterien⁶⁾ widmet. Der Zeitpunkt, da diese "ultima ratio"⁷⁾ in Angriff genommen werden muß, ist längst gekommen.

Die Möglichkeiten gesetzlicher Reformen im einzelnen:

2. Man könnte daran denken, Spezialgesetze für die einzelnen Wirtschaftszweige zu schaffen,⁸⁾ gewissermaßen eine Vielzahl kleiner BGB's. Beispiele dieser Art, bei denen allerdings teilweise ein Zusammenwirken von Legislativ- und Exekutivorganen zu verzeichnen war, finden sich bereits vereinzelt im geltenden Recht.⁹⁾

4) Fehl am Platze wäre es, wenn man aus der Tatsache, daß alle Abgeordneten auch gleichzeitig Verbraucher sind, auf eine überdurchschnittliche Repräsentation dieser Gruppe im Bundestag schließen würde; hier fehlt die einflußreiche und alimentierende Organisation im Hintergrund.

5) Vgl. z. B. die jahrzehntelangen Geburtswehen einer Strafrechts- und Strafvollzugsreform.

6) Etwa: Tierschutzgesetz v. 24. 7. 72; Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Entschädigung der Mitglieder des Bundestags vom 22. 6. 1972 (Diätengesetz).

7) Baur DAR 62, 323.

8) Vgl. dazu Haupt a. a. O. S. 203; Schmid-Loßberg, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 9, 10; Baur DAR 62, 323/324. Für die nordischen Staaten wurde dieser Vorschlag bereits auf dem 21. Nordischen Juristentag, 1957, von Olsson gemacht, vgl. dazu Neumayer in Festschrift für Franz Laufke, 1971, S. 176.

9) Z. B. das Versicherungsvertragsgesetz, die Eisenbahnverkehrsordnung, das Güterkraftverkehrsgesetz und die Kraftverkehrsordnung.

Dieser Weg ist Ausdruck des legitimen Verlangens, einerseits die Vorteile einer speziellen Rechtsordnung für die unterschiedlichen Wirtschaftszweige wahrzunehmen und andererseits den demokratisch legitimierten Gesetzgeber zu Lasten des Quasigesetzgebers "Wirtschaft" wieder in die ihm zustehende rechtsstaatliche Verantwortung zu führen. Diese aus rechtsstaatlicher Sicht überzeugendste Lösung ist jedoch aus praktischen Gründen nicht zu verwirklichen. Es wäre eine große Vielzahl umfassendster Gesetzesvorhaben erforderlich, für deren Vorbereitung und Verwirklichung Jahrzehnte ins Land gingen.

Würde man die Spezialgesetze disponibel ausgestalten, so würden sie sehr bald das Schicksal des Bürgerlichen Gesetzbuchs teilen und wieder beiseite gedrängt werden.

Gibt man ihnen den Charakter zwingenden Rechts, so würde dies - angesichts der ständig sich verändernden wirtschaftlichen Gegebenheiten - zu einer unerträglichen Erstarrung des Privatrechts führen.¹⁰⁾

Der sowieso schon schwerfällige Gesetzgebungsapparat wäre vollends überfordert, wenn man von ihm die Gesetzesinflation verlangte, die angesichts der Vielschichtigkeit¹¹⁾ und Mannigfaltigkeit der denkbaren Sachverhalte nicht zu umgehen wäre.¹²⁾

Berücksichtigt man - bei einer zwingenden Ausgestaltung - noch die nicht zu verkennenden verfassungsrechtlichen Bedenken,¹³⁾ die sich aus einer so weitgehenden Einengung der Vertragsfreiheit ergäben, so bleibt das Fazit, daß Spezialgesetze weder realisierbar noch dazu geeignet sind, eine grundsätzliche Lösung des Problems zu bieten.¹⁴⁾

10) Vgl. Raiser, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 26; Nastelski DRiZ 55, 213; ablehnend auch für den Kfz.-Handel: Baur DAR 62, 326.

11) Alleine in der Kfz.-Branche müßten folgende Differenzierungen vorgenommen werden: nach dem Objekt: neues oder gebrauchtes Fahrzeug? Gleiche Regeln auch für die LKW-, Traktor-, Motorrad-, Mopedbranche? Nach den Vertragspartnern: auf Käuferseite: Vertragshändler oder Verbraucher - auf Verkäuferseite: Vertragshändler, Herstellerwerk oder Verbraucher (bei Gebrauchtwagen).

12) Ausführlich zu dem Problem: Haupt a. a. O. S. 203.

13) Schmidt-Salzer, NJW 71, 175, 1012, hält derartige Zwangsstandardisierungen als nicht vereinbar mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip.

14) Möglich bleibt die Schaffung einzelner, gesetzlicher Vertragsordnungen für besonders wichtige Wirtschaftsbereiche.

3. Immer wieder taucht in der rechtspolitischen Diskussion der Vorschlag auf, mehr halbzwingendes Recht zu schaffen.¹⁵⁾ Das würde bedeuten, daß schwerpunktmäßig bei erfahrungsgemäß besonders gefährlichen Klauseln,¹⁶⁾ zwingendes Recht insoweit verankert wird, daß zwar nicht zum Nachteil, wohl aber zum Vorteil des Kunden davon abgewichen werden darf. Auch Beispiele dieser Art sind unserem Privatrecht nicht unbekannt.¹⁷⁾

Zugunsten einer solchen Verstärkung des dispositiven Rechts in Richtung auf zwingendes Recht streitet die Erkenntnis, daß es immer wieder dieselben Klauseln sind, die vor den Gerichten angefochten werden. So hat sich die Rspr. z. B. vornehmlich beschäftigt mit Gewährleistungsausschlüssen,¹⁸⁾ Haftungserleichterungen und Haftungsbeschränkungen,¹⁹⁾ Ausschußfristen,²⁰⁾ verlängertem Eigentumsvorbehalt²¹⁾ sowie der Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen, Zurückbehaltungsrechten und Aufrechnungsverboten.²²⁾

Durch Schaffung gewisser äußerster Grenzen für die Abdingbarkeit in diesen erfahrungsgemäß gefährlichen Bereichen könnten zumindest die größten Unbilligkeiten, die das Recht der AGB so dubios erscheinen lassen, beseitigt werden.

15) Möller, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages E 21; Raiser, ebenda E 26; Meyer-Ladewig MDR 63, 726; Löwe BB 72, 188; Rehbindner a. a. O. Einleitung S. 14. Merz, Länderbericht Schweiz, in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Heft 41, 1968, S. 70, 77 berichtet von einer Zunahme zwingenden Rechts in der Schweiz.

Nach G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4. Auflage, 1949, S. 55/60, ist der Erlaß zwingender Bestimmungen der einzig gangbare Weg der Bekämpfung unbilliger AGB.

16) Vgl. schon die gesetzliche Aufzählung "gefährlicher Klauseln" in Art. 1341 Abs. 2 ital. C. c., siehe auch oben Kapitel IV, Ziffer 3.

17) Vgl. § 225 BGB, §§ 5 Abs. 4, 6 Abs. 4, 11 Abs. 4, 42, 47, 65, 68 a, 72, 92, 178, 183 VVG; §§ 5, 10, 12, 13 und 15 des Gesetzes über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren vom 4. 2. 1937.

18) Vgl. BGH NJW 63, 1148; BGH NJW 59, 1423.

19) Vgl. RGZ 88, 436; 99, 110; BGHZ 9, 306; 20, 167; 33, 138.

20) Vgl. RGZ 126, 327; 98, 122.

21) RGZ 142, 139; 149, 101; 155, 29; BGHZ 7, 365; 26, 185.

22) Vgl. BGHZ 22, 92; BGH NJW 60, 851; RGZ 142, 143.

Wenngleich für solche neuen "Grenzpfähle am Rande des Feldes der Dispositionsfreiheit" ²³⁾ ein ähnlich dornenreiches Gesetzgebungsverfahren wie für Spezialgesetze nicht erforderlich wäre, verfassungsrechtliche Probleme ebenfalls nicht entgegenstünden, so erscheint dieser Weg dennoch nicht **durchgreifend** und **erfolgversprechend** genug. Die so zu ziehenden Grenzen würden bereits **wieder** zu **speziell**, zu unflexibel sein, als daß sie den **vielschichtigen** und in **ständigem** Wandel befindlichen wirtschaftlichen Interessenlagen **hinreichend** gerecht würden. ²⁴⁾

Mroch ²⁵⁾ schlägt beispielsweise eine Ergänzung des § 460 BGB in folgender Form vor:

Abs. 2: Die Rechte des Käufers auf Gewährleistung wegen Mangels einer beweglichen Sache können nur ausgeschlossen werden, soweit Nachbesserung der Sache vereinbart ist.

Abs. 3: Soweit eine Nachbesserung aussichtslos ist oder erfolglos bleibt oder die Nachbesserung trotz Mahnung des Käufers nicht rechtzeitig vorgenommen wird, bleiben die Ansprüche des Käufers auf Wandlung oder Minderung unberührt.

Eine solche Gesetzesnovelle würde aber z. B. schon nicht mehr dem wirtschaftlich gewichtigen Gebrauchtwagenhandel gerecht werden. Daß sie den, von der Rspr. nach langem Zögern gebilligten völligen Gewährleistungsausschluß ²⁶⁾ nicht mehr decken würde, soll hier noch nicht einmal weiter erörtert werden; aber dieses Gesetz würde schon auf dem weiten Feld der Gebrauchtwagengeschäfte zwischen Privatpersonen zu einer unbilligen Situation führen: da eine Nachbesserung dem verkaufenden Privatmann unzumutbar ist, müßte er dem Käufer die gesetzlichen Wandlungs- und Minderungsrechte einräumen. Wie immer man den völligen Gewährleistungsausschluß beim Gebrauchtwagenhandel auch wertet, sicher jedenfalls ist, daß die gesetzliche sechsmonatige Mängelhaftung hier unangemessen ist.

Die Bandbreite der zu erfassenden denkbaren Fälle ist einfach zu groß, als daß man eine, für alle Fälle adäquate äußerste Grenze ziehen könnte. Auch der BGH ²⁷⁾ hat diesem Gedanken in aller Deutlichkeit Ausdruck verliehen:

23) Mroch a. a. O. S. 41.

24) Vgl. Kliege a. a. O. S. 78.

25) a. a. O. S. 42.

26) Vgl. BGH NJW 70, 29 ff.

27) BGHZ 22, 96.

es sei "bei der Vielschichtigkeit des heutigen Wirtschaftslebens nicht möglich, für den Ausschluß der Gewährleistungsansprüche im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen allgemeine Grundsätze aufzustellen".

Andererseits ließe sich schon heute prophezeihen, daß die meisten AGB bis an diese neue gesetzliche Grenze heranreichen würden, daß der verkleinerte Spielraum vielleicht rigorosier ausgenutzt würde als der heute, durch Abdingbarkeit nahezu des gesamten Privatrechts gewährte größere Spielraum. Vorhaltungen gegenüber wäre mit hoher Wahrscheinlichkeit die Argumentation zu erwarten: "Wir halten uns sogar in dem durch Rechtsreform weitgehend beschränkten Rahmen".

Auf Gerichte, insbesondere aber auf Verbraucher wäre damit ein verstärkter psychologischer Druck zu erwarten, auch zweifelhafte Klauseln zu akzeptieren. Die Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen, daß Klauseln, die zwar die Grenzen zwingenden Rechts nicht verlassen, aber aus anderen Gründen dennoch unbillig sind, auf diese Weise bestandskräftiger würden. Wenngleich die Mehrung halbzwingenden Rechts generell nicht empfehlenswert ist, so könnte man doch - nach dem Vorbild des französischen, italienischen und schweizerischen Rechts - jedenfalls den Haftungsausschluß für grobe Fahrlässigkeit für zwingend unwirksam erklären. Diese Unabdingbarkeit hat in den erwähnten Ländern positive Auswirkungen gezeitigt; auch greifen die grundsätzlichen Bedenken gegen halbzwingendes Recht hier nicht ein, da die Vielfalt der denkbaren Sachverhalte in keinem Fall die Haftung für grobe Fahrlässigkeit unbillig erscheinen lassen und auch nicht ersichtlich ist, daß eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse einmal den Haftungsausschluß für grobe Fahrlässigkeit gerechtfertigt erscheinen lassen könnte.

4. Eine dritte Richtung tendiert zur Schaffung von Normen, von denen nur durch Individualvertrag, nicht aber durch AGB abgewichen werden kann.²⁸⁾

Eine ähnliche Regelung besteht bereits in Italien seit vielen Jahren, indem Art. 1341 Abs. 2 Codice civile einen Katalog gefährlicher Klauseln aufzählt, zu deren wirksamer Vereinbarung es der ausdrücklichen schriftlichen

²⁸⁾ Vgl. Hildebrandt AcP 143, 329; Haupt a. a. O. S. 228; Raiser, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 26. Nastelski, DRiZ 55, 213, regt an, die Wirksamkeit der Vereinbarung von AGB an die Einhaltung gewisser Formen zu knüpfen, nämlich Aushändigung des Vertragsvordrucks gegen schriftliche Empfangsbestätigung.

Bestätigung bedarf.²⁹⁾ Auch die USA kennen einen vergleichbaren Rechts-satz,³⁰⁾ ebenso wie im deutschen Recht dieser Gedanke bereits in einigen gesetzlichen Bestimmungen anklingt.³¹⁾

Dieses spezielle Formerfordernis wäre wiederum auf solche Normen be-schränkt, in denen ein besonderer Gerechtigkeitsgehalt verkörpert ist,³²⁾ bei denen also abweichende Vertragsbestimmungen besonders gefährlich erscheinen.

4.1. Welches sind die Vorteile dieser Lösung?

Der Zwang, eine individuelle Vereinbarung hinsichtlich gefährlicher Ver-tragsbestimmungen abschließen zu müssen, könnte auf Unternehmerseite mittelbar mäßigend auf die inhaltliche Gestaltung dieser Klauseln wirken. Denn es ist etwas anderes, den Kunden auf eine anonyme, vorgegebene, äußerlich gesetzegleiche Vertragsordnung zu verweisen, als gezwungen zu sein, wenn schon keinen echten Konsensus, so doch jedenfalls ein schriftli-ches Einverständnis in diesem Punkt zu erlangen, was dem Vertragspartner naturgemäß erhöhte Aufmerksamkeit und Vorsicht abverlangen würde. Wäh-rend der Kunde bisher nur die Ware als Kaufobjekt im Auge hat, das "recht-lische Appendix" dieser Ware gedankenlos, höchstens widerwillig mit in Kauf nimmt, würde es nunmehr schwierig sein, dem Kunden die schriftli-che Erklärung abzuverlangen, daß für diese Ware keine Gewähr geleistet wird, daß im Streitfall der 100 km entfernte Ort der Hauptniederlassung Gerichtsstand sein solle, daß der Verkäufer für dieses und jenes nicht hafte.

Auf Verbraucherseite wäre - jedenfalls rein theoretisch - zu erwarten, daß sie besonders gefährlichen Klauseln ihre Unterschrift verweigern oder sich zumindest bereits vor einer Leistungsstörung o.ä. über die rechtlichen Kon-sequenzen im klaren wären und ihr Verhalten danach ausrichten würden. Im übrigen könnte dies ein Schritt auf dem Weg zu einer verstärkten Verbrau-cherbewußtseinsbildung sein und - auf lange Sicht gesehen - vielleicht so-gar zur Bildung eines effektiveren Gegengewichts, der Selbstorganisation zu mächtigen Verbraucherverbänden führen.

4.2. Der entscheidende Vorbehalt ist jedoch bereits gefallen: alle diese Vorzüge gehen von einer theoretischen Hypothese aus, daß nämlich die Masse der

29) Vgl. auch oben Kapitel IV Ziffer 3.

30) Vgl. oben Kapitel IV Ziffer 4.

31) Vgl. §§ 5 Abs. 1, 10 Abs. 1, 12 Abs. 1, 13 Abs. 1, 15 Abs. 2, 19 Abs. 2, 24 Abs. 2 Depotgesetz, § 1027 Abs. 1 ZPO.

32) Vgl. Klausing JW 24, 814; Hildebrandt AcP 143, 329.

Verbraucher zu einer bewußteren und kritischeren Einstellung gegenüber AGB finden werde. Insoweit ist jedoch - jedenfalls auf absehbare Zeit - zurückhaltender Pessimismus geboten. Das hängt damit zusammen, daß eine solche Bewußtseins-schärfung ein teils erhebliches juristisches Fachwissen voraussetzen sowie ganz einfach viel Zeit zum Studium der betreffenden AGB erfordern würde. Beides aber sind nahezu unerfüllbare Forderungen.

Auch andere Gesichtspunkte lassen Zweifel an der Effektivität einer solchen Reform aufkommen: Es stünde zu erwarten, daß die gefährlichen Klauseln weiterhin solidarisch von allen Verkäufern einer Branche den Kunden angeboten würden, daß sie sich auf abweichende Formulierungen "in toto" nicht einlassen würden. Letztlich bliebe es bei demselben Rechtszustand wie vorher, da einerseits beim Verbraucher die Bereitschaft zum Konsumverzicht fehlt und er andererseits hinsichtlich vieler Güter tatsächlich in einem mehr oder minder engen Abhängigkeitsverhältnis zum Anbieter steht.³³⁾

Auch wäre vorauszusehen, daß die Unternehmer diese Individualvereinbarungen zwar formell als Einzelabreden aufrechterhielten, sie aber unter dem Deckmantel "Rationalisierung" bzw. "technische Gründe" ihres individuellen Charakters weitgehend entkleiden und ihren Abschluß lediglich als "nebensächliche Formalie" hinstellen würden.³⁴⁾ Der Unterschied zwischen Individual- und Massenvertrag wäre damit wieder nahezu verwischt.

Wie geschickt und flexibel die Wirtschaft im Umgehen derartiger Auflagen ist, zeigt eine vergleichbare Entwicklung beim Depotstimmrecht des Aktiengesetzes: Die Neufassung des § 135 AktG, die den Kreditinstituten die Vertretung von Aktionären auf Hauptversammlungen nur mit schriftlicher Vollmacht gestattet, hat nichts daran geändert, daß weiterhin die Banken mit Hilfe dieses Depotstimmrechts die Hauptversammlungen ganz eindeutig beherrschen. Der Aktionär erhält vorgedruckte Vollmachten und ist auch angesichts der ihm zur Verfügung stehenden Informationen und angesichts seiner wirtschaftlichen Sachkenntnisse überhaupt nicht in der Lage, sachlich fundierte abweichende Vorschläge zu machen.

Im übrigen besteht auch noch - wie die italienische Entwicklung gezeigt hat³⁵⁾ - die große Gefahr, daß angesichts strenger Förmlichkeiten für gefährliche Klauseln für eine richterliche Inhaltskontrolle einmal wirksam vereinbarter AGB kein Raum mehr bliebe.

Im Endergebnis kann dieser Weg damit möglicherweise sogar zu einer Minderung des Verbraucherschutzes führen.

33) Vgl. Lando in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 15) S. 169.

34) Ähnlich Mroch a. a. O. S. 44.

35) Vgl. Neumayer in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 15) S. 64.

Fazit: Die Erfolgsaussichten einer solchen Reform sind ungewiß; in jedem Falle würde die erforderliche grundlegende Verbesserung des Verbraucherschutzes nicht gewährleistet sein.

5. Auch der Gedanke der Schaffung einer AGB-Generalklausel ³⁶⁾ - und, noch weitergehender, der des Erlasses eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen ³⁷⁾ - hat seinen festen Platz in der rechtspolitischen Diskussion.
- 5.1. Dieser Vorschlag vermeidet weitgehend die, für die bisher dargelegten gesetzlichen Reformansätze charakteristischen Nachteile, als da sind die Mühseligkeit der Schaffung detaillierter Einzelbestimmungen, die Schwierigkeiten, gerechte und hinreichend konkrete Rechtsnormen für derart vielschichtige und unterschiedliche Lebenssachverhalte aufzustellen. ³⁸⁾
Für die erforderliche grundlegende Rechtsreform bietet sich eine Generalklausel vor allem auch deshalb an, weil sie mit nur wenigen Worten richtungsweisende Eckdaten zu setzen vermag, ohne mit dem Nachteil spezieller Kodifikationen behaftet zu sein, bereits bei Inkrafttreten schon wieder von den Verhältnissen überrollt und veraltet zu sein. Eine Generalklausel läßt Raum für eine elastische Anpassung an veränderte rechtliche und sachliche Gegebenheiten; ³⁹⁾ diese Elastizität war aber noch nie so wichtig wie in unserem heutigen schnellebigen Wirtschaftsleben.
Eine AGB-Generalklausel ermöglicht es dem Richter, den Besonderheiten des Einzelfalls, für den ein vorhandener enger gesetzlicher Tatbestand kei-

36) Dafür: Stoldt, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 14 ff; Mroch a. a. O. S. 45 ff; Herrmann JZ 55, 183; ähnlich auch Hurst a. a. O. S. 137 ff, der allerdings eine ausdrückliche gesetzliche Fixierung für entbehrlich hält und dem Richter unmittelbar eine entsprechende Gestaltungsmöglichkeit einräumen will. Dagegen: Rehbinder a. a. O. Einleitung S. 23; Möller, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages E 21; Koch DR 44, 167; v. Caemmerer JZ 53, 99.

37) Hierfür spricht sich W. Weber a. a. O. N 389 - 392 aus, der allerdings selbst die Einschränkung macht, daß sich eine solche gesetzliche Regelung nur in einem großen Rahmen halten könne (N 390). Der Entwurf eines Gesetzes über die Genehmigungspflicht von AGB der ASJ Südbayern (Vgl. Anlage I) weist in dieselbe Richtung. Insbesondere werden in den §§ 3 - 5 dieses Gesetzentwurfes besondere Inhaltsschranken für AGB aufgestellt.

38) Die Ausführungen BGHZ 22, 96/97 liegen im Kern der Problematik.

39) Vgl. Haupt a. a. O. S. 203.

ne überzeugende Lösung anzubieten vermag, ohne Rückgriffe auf ungeschriebene Gesetze des Naturrechts oder auf Leerformeln wie die "Natur der Sache" ausreichend Rechnung zu tragen.⁴⁰⁾

Ein solcher Rechtssatz würde die Judikative entlasten, indem diese nicht länger darauf angewiesen wäre, die schwammigen, für das Institut der AGB weder vorgesehenen noch geeigneten Generalklauseln der §§ 138, 242, 315 BGB zum Zwecke der Inhaltskontrolle zu vergewaltigen.

Dies ist nicht nur eine Ablösung richterlicher Rechtsfortbildung durch gesetzliche Fixierung, eine Verdrängung von Richterrecht durch Gesetzesrecht: es ist zu bedenken, daß die Rspr. sich in ihrem "Kampf" gegen unbillige AGB mittlerweile an die äußersten Grenzen ihrer Befugnisse vorgewagt hat, daß sie ohne gesetzgeberischen Rückhalt kaum noch weiter wird vorpreschen können bei ihrer verdeckten oder gar ihrer offenen Inhaltskontrolle.

Selbst wenn demnach eine AGB-Generalklausel nur soweit ginge, die bestehende AGB-Rechtsprechung gesetzlich zu zementieren, so würde dies der Judikative schon den notwendigen Rückhalt und Mut geben, von dieser neuen Ausgangsbasis aus, die Rechtsfortbildung erforderlichenfalls weiter voranzutreiben und auch vor juristischem Neuland nicht zurückzuschrecken.

Dies ist besonders deshalb wichtig, weil auch in Zukunft eine gewichtige, wenn nicht die hauptsächlichste Last der Bekämpfung unbilliger AGB auf den Schultern der Rechtsprechung liegen wird. Denn hat sich einmal der Gesetzgeber dieser Materie angenommen, so steht erfahrungsgemäß zu befürchten, daß in den folgenden Jahren bis Jahrzehnten von dieser Seite her keine neuerlichen Aktivitäten zu erwarten sind. Deshalb ist es wichtig, gerade der Rechtsprechung einen ausreichenden Entscheidungsspielraum zu geben.

5.2. Diese Erwägungen haben aber bereits zugleich den hauptsächlichlichen Nachteil einer AGB-Generalklausel angesprochen: den Vorteilen der Elastizität und des richterlichen Entscheidungsspielraums stehen die ebenfalls für eine Generalklausel typischen Schwächen gegenüber, daß sie die Rechtsunsicherheit fördert, eine klare Aussage weitgehend umgeht, nur mehr oder weniger blutleerer Rahmen ist,⁴¹⁾ insgesamt nur Programm und Leitsatz für die

40) Vgl. Herrmann JZ 55, 184.

41) Vgl. auch Koch DR 44, 167. Auch für die nordischen Staaten haben sich Olsson und Kruse auf dem 21. Nordischen Juristentag 1957 gegen die Einführung einer allgemeinen Billigkeitsklausel durch den Gesetzgeber gewandt, da sie zu "nicht geringer Willkür" und Rechtsunsicherheit führen müßte, vgl. Förhandlingarna Å det 21 nordiska jurismötet, Vammala 1959, S. 160.

Rechtspraxis ist und die inhaltliche Ausgestaltung des gegebenen Rahmens weitgehend der Rspr. überläßt.⁴²⁾

5. 3. Gleichwohl überwiegen im vorliegenden Falle die aufgezeigten Vorteile diese Schwächen, und sollte eine rechtspolitische Neuorientierung jedenfalls in Richtung auf eine Generalklausel weisen:

Mit der zunehmenden Durchdringung unseres Gemeinwesens mit rechtsstaatlichen Garantien wurden gleichzeitig die Gefahren der Willkür, der Uferlosigkeit und des Mißbrauchs von Generalklauseln abgebaut.⁴³⁾ Die insoweit von Hedemann⁴⁴⁾ geäußerten Bedenken sind aus der damaligen Zeit heraus (1933) durchaus verständlich, heute jedoch nicht mehr durchgreifend. Eine kritische Rechtslehre hat mehr denn je ein wachsames Auge auf die Rechtsprechung und ihre Entwicklungstendenzen.

Vor allem aber gilt es, zwei besondere Umstände zu beachten, die die aufgezeigten Schwächen einer typischen Generalklausel - wie etwa § 242 BGB mit so nebulösen Begriffen wie "Treu und Glauben" - im vorliegenden Falle weitgehend auszuräumen geeignet sind:

- Zum einen besteht in diesem Rechtsbereich die Besonderheit, daß nicht eine schrankenlose Generalklausel gewissermaßen in den leeren Raum gestellt wird mit der Aufforderung an Rechtspraxis und Rechtslehre, dem Gebilde schärfere Konturen zu geben. Hier ist es doch vielmehr umgekehrt: die gesetzgebende Gewalt vollzieht nach und erhärtet, was die Praxis in mühseliger und langwieriger Rechtsfortbildung herausgearbeitet hat. Denn auch darüber kann es keinen Zweifel geben: Ausgangspunkt für eine solche Generalklausel kann nur die gefestigte Rechtsprechung zu den besonderen AGB-Inhaltsgrenzen sein.⁴⁵⁾ Dies entspricht nicht nur dem Bedürfnis, die Kontinuität des Rechts so weitgehend wie möglich zu wahren; es ist vielmehr auch festzustellen, daß die grundsätzliche Tendenz dieser Rechtsprechung, den AGB-Aufsteller stärker als bisher an das dispositive Recht zu binden, anzuerkennen ist.

Von dieser Überlegung gehen auch alle, für eine AGB-Generalklausel bisher gemachten Vorschläge aus.⁴⁶⁾

42) Ausführlich zu den Nachteilen einer Generalklausel: J. W. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933.

43) Vgl. Herrmann JZ 55, 183.

44) a. a. O., insbesondere S. 66 bis 73.

45) Vgl. ausführlich oben Kapitel II, Ziffer 3.

46) Stoldt, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 14, 15 denkt etwa an folgende Fassung:

- Zum anderen soll hier - wie bereits angedeutet - keiner klassischen Generalklausel etwa nach dem Muster der §§ 138, 242 BGB das Wort geredet werden. Wenngleich zu erwarten stünde, daß eine Generalklausel schon sehr bald durch die Rspr. in bestimmte Einzelatbestände und Fallgruppen zerlegt werden würde,⁴⁷⁾ so bietet sich doch gerade hier - da schon auf einer umfassenden Rspr. aufgebaut werden kann - eine nähere Präzisierung und Konkretisierung bereits durch den Gesetzgeber an. Auf diese Weise vermag die gesetzliche Regelung im Interesse der Rechtssicherheit schon von vorneherein klarere Konturen zu erhalten; die Rspr. erhält zusätzliche Richtungspfähle und die Legislative wird in die ihr im Rechtsstaat zukommende Verantwortung genommen. Empfehlenswert ist demnach die Schaffung einer gewissermaßen gesetzlich erläuterten Generalklausel.

6.

Resümee und Überleitung: Der Gesetzgeber ist gezwungen, dem das Wirtschaftsleben beherrschenden Geschäftsbedingungswesen Rechnung zu tragen; er muß, durch Erlass entsprechender gesetzlicher Regelungen, wieder die ihm im Rechtsstaat zukommende Funktion wahrnehmen, für wichtige Lebens- und Rechtsbereiche die gesetzgeberische Verantwortung zu übernehmen. Die Suspendierung der Rechtsordnung durch quasigesetzliches privates Recht kann nicht länger hingenommen werden.⁴⁸⁾

Von den zur Verfügung stehenden Möglichkeiten einer gesetzlichen Neuregelung ist der Schaffung einer AGB-Generalklausel grundsätzlich der Vorzug zu geben.

Problematisch und im einzelnen noch zu erörtern,⁴⁹⁾ ist die inhaltliche Ausgestaltung dieser Generalklausel. Andererseits ist festzuhalten, daß eine

"Bestimmungen, die von einer Partei ergänzend zu den Einzelabreden in den Vertrag mit ihr eingeführt werden (Allgemeine Geschäftsbedingungen), sind unwirksam, wenn sie die Rechte der anderen Partei unbillig mindern".

Mroch, a. a. O. S. 49 schlägt diesen Wortlaut vor:

"Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nur insoweit wirksam, als die in ihnen enthaltene Abweichung von einer an sich vorhandenen gesetzlichen Regelung durch die besonderen Verhältnisse der Beteiligten gerechtfertigt ist".

47) So wie dies in den USA bei der Generalklausel des § 2 - 302 Uniform Commercial Code inzwischen auch geschehen ist, vgl. v. Hippel RabelsZ 1969, 564 f sowie oben Kapitel IV Ziffer 4.

48) Vgl. Hurst a. a. O. S. 74.

49) Unter Kapitel IX.

solche gesetzliche Neuregelung für sich alleine noch keinen hinreichenden Schutz des Verbrauchers zu gewährleisten in der Lage ist. Aus der bloßen Geltung eines Gesetzes, dessen konkrete Auswirkungen für den Verbraucher nur schwer vorhersehbar sind und dessen Schutz im konkreten Einzelfall er nur unter großen Schwierigkeiten wirksam in Anspruch zu nehmen vermag, folgt noch kein ausreichender Schutz für die große Masse der Verbraucher. Dieser Schutz kann erst dann annähernd erreicht werden, wenn die rein repressive gerichtliche Kontrolle durch eine irgendgeartete, zeitlich vorverlegte staatliche Präventivkontrolle ergänzt wird.

Die insoweit zur Diskussion stehenden Vorschläge gilt es, im folgenden Kapitel zu erörtern.

VII. MÖGLICHKEITEN EINER BESONDEREN VERWALTUNGSKONTROLLE FÜR ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

1. Schon seit Jahrzehnten ist in der rechtspolitischen Diskussion der mehr oder minder eindringliche Ruf nach einer staatlichen Kontrolle für AGB zu vernehmen. Insoweit lassen sich drei Phasen deutlich voneinander unterscheiden:
- 1.1. Unter der Ägide des Nationalsozialismus wurden die bislang schärfsten Vorstöße in Richtung auf eine staatliche AGB-Kontrolle vorgetragen.¹⁾ Wenn gleich diese Vorstöße ganz maßgeblich weltanschaulich, d. h. in diesem Falle nationalsozialistisch geprägt waren,²⁾ so lagen ihnen doch auch durchaus richtige und aner kennenswerte soziale Motive zugrunde.³⁾
- 1.2. Nachdem die Wirtschaft diese Angriffe - im großen und ganzen - unbeschadet überstanden hatte, fanden sich in der Nachkriegszeit - unter dem noch frischen Eindruck einer ungezügelten, willkürlichen Exekutive - keine Stimmen, die eine Einbeziehung der Verwaltung in die AGB-Kontrolle befürwortet hätten. Soweit derartige Möglichkeiten diskutiert wurden, war die Ablehnung nahezu einhellig.⁴⁾

-
- 1) Vgl. Großmann-Doerth a. a. O. S. 26; E. R. Huber, Die Gestalt des deutschen Sozialismus, 1934, S. 63; Haupt, a. a. O. S. 206; Zacherl DR 34, 184 f; Peter DR 38, 53 ff; Roquette JW 38, 545; Herschel DR 39, 1264 ff, derselbe DR 41, 1728; Bernhardt DR 42, 1171.
 - 2) Großmann-Doerth a. a. O. S. 26 f führt z. B. aus, daß er vom neuen deutschen Staate alles verlange, daß er hoffe, daß die "Führer" das Bedürfnis zur Säuberung von AGB erkennen mögen. Er fordert die Studenten auf, "treue, opferbereite Soldaten des Rechtsgedankens, des Gedankens eines starken, gerechten deutschen Volksrechts" zu werden!
 - 3) Die Initiativen dieser Zeit waren von zwei Gedanken maßgeblich geprägt: zum einen untergrabe die autonome, selbstherrliche Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft die Autorität des nationalsozialistischen Staates und seiner Führer und zum anderen aber auch sei die Ausbeutung des Volkes durch die Wirtschaft höchst unsozial.
 - 4) Vgl. Fischer BB 57, 487; Helm JUS 65, 123; Lukes JUS 61, 307; Möller, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 23, 37; Raiser ebenda E 24; Prost BB 55, 1034; Baur DAR 62, 323; Mroch a. a. O. S. 28 ff; Nastelski DRiZ 55, 214 (aber schon differenzierend). Ebenfalls nicht gänzlich ablehnend W. Weber a. a. O. N 395; derselbe noch positiver zu einer staatlichen AGB-Kontrolle: NJW 68, 9.

Kennzeichnend für die damalige Einstellung ist die folgende Bemerkung Raisers: "Wir haben gelernt, den totalen Verwaltungsstaat zu fürchten und müssen ihn auch auf diesem Gebiet fürchten".⁵⁾ Das Pendel war also nunmehr auf die andere Seite ausgeschlagen.

- 1.3. In den letzten Jahren, eigentlich erst in den letzten Monaten jedoch zeichnet sich neuerlich ein gewisser Umschwung ab. Nach Stimmen in der Literatur⁶⁾ haben sich auch parteipolitische Gremien mit teils sehr dezidierten Vorschlägen für eine staatliche AGB-Kontrolle ausgesprochen.⁷⁾ Auch im federführenden Bundesministerium der Justiz ist die Frage einer etwaigen behördlichen Kontrolle von AGB bereits Gegenstand vorbereitender Reformarbeiten.⁸⁾ Zumindest eines läßt sich aus der aufgezeigten Entwicklung folgern: Die Frage einer staatlichen AGB-Kontrolle ist in hohem Maße gegenwarts- bzw. zeitbezogen. Je nachdem wie Funktion, Effektivität und Einfluß der Exekutive jeweils gewertet werden, so wird auch eine AGB-Kontrolle durch die Verwaltung zu dieser Zeit entsprechend befürwortet oder abgelehnt.
2. Staatliche Einflußnahmen auf die inhaltliche Gestaltung von AGB sind bereits heute unserem Recht nicht fremd. Bedeutsam sind die Genehmigungspflichten für die Beförderungsbedingungen der Luftfahrt,⁹⁾ die Beleihungsbedingungen der Hypothekenbanken,¹⁰⁾ vor allem aber die einschlägigen Aufsichtsbefugnisse des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen hinsichtlich der AGB der Versicherer und der Bausparkassen.¹¹⁾

5) In: Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages E 24.

6) Kollmar a. a. O. S. 60; vor allem aber v. Hippel ZRP 72, 110 f; Guadian ZRP 72, 147.

7) Vgl. das rechtspolitische Programm zum Schutz vor AGB der ASJ (Unterbezirk Hessen-Süd), ZRP 70, 190 sowie den "Entwurf eines Gesetzes über die Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen" der ASJ Südbayern, ZRP 72, 148 (Anlage I).

8) Vgl. die Antwort des Bundesministers der Justiz auf eine Kleine Anfrage im Bundestag, BT-Drucksache VI - 3457. Vgl. auch den Bericht im Münchner Merkur v. 7. 6. 72, S. 6.

9) Nach § 21 Abs. 1 Luftverkehrsgesetz vom 22.10.1965.

10) § 15 Hypothekenbankgesetz vom 5. 2. 1963.

11) Vgl. §§ 5, 8, 10, 81 a, 112, 118 des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen. Vgl. weitere Beispiele bei Hauss, in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Heft 41, 1968, S. 10 Fußnote 3 - 7.

Ebenfalls nicht unbedeutend ist das indirekte Genehmigungsverfahren für Konditionenkartelle nach §§ 2, 22 GWB, bei dem allerdings wettbewerbliche Intentionen im Vordergrund stehen. Die Frage stellt sich demnach so, ob man diese staatlichen Kontrollrechte auf weitere Bereiche ausdehnen, oder sogar generell für alle AGB einrichten sollte.

3. Es sind - jedenfalls theoretisch - mehrere unterschiedliche Möglichkeiten einer staatlichen AGB-Kontrolle verfügbar. Alle diese Varianten lassen sich jedoch auf zwei grundlegende Modalitäten reduzieren: einen - nur vereinzelt ¹²⁾ geforderten - (repressiven) Verbotsvorbehalt einerseits sowie vor allem eine (präventive) staatliche Genehmigungspflicht für AGB andererseits.

Die entscheidende Kernfrage geht dahin, Vor- und Nachteile eines solchen behördlichen Genehmigungsverhalts herauszuarbeiten und gegeneinander abzuwägen.

- 3.1. Es ist jedoch zunächst klarzustellen, welche unverrückbaren Schranken das Verfassungsrecht jeglicher AGB-Kontrolle durch die Exekutive setzt. Art. 19 Abs. 4 GG als "verfassungsgestaltende Grundentscheidung" ¹³⁾ gewährt einen lückenlosen, umfassenden Rechtsschutz ¹⁴⁾ gegenüber Akten der öffentlichen Gewalt. Es wäre danach sowohl mit Art. 19 Abs. 4 GG als auch mit dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 GG, unvereinbar, wenn man bei einem behördlichen Verbot bzw. bei der Versagung der Genehmigung von AGB dem betreffenden Unternehmer den gerichtlichen Rechtsschutz gegen diese Verfügungen vorenthalten würde.

AGB-Verwaltungskontrolle bedeutet so gesehen also lediglich Schaffung einer zusätzlichen, vorgeschalteten Kontrollinstanz; im Falle der Anfechtung entscheidet letztlich verbindlich weiterhin die Rechtsprechung.

- 3.2. Die Vorteile einer Genehmigungspflicht für AGB wurden bereits angedeutet: Im Gegensatz zum bestehenden, nur im ganz seltenen Einzelfall durchgreifenden nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutz ¹⁵⁾ gelangte man nunmehr zu einer um vieles wirksameren ex-ante Kontrolle von Geschäftsbedingungen.

Während derzeit unbillige AGB nur äußerst selten beanstandet, gerichtskundig oder gar für nichtig erklärt werden, würden bei einer Genehmigungs-

12) Vgl. Hildebrandt AcP 143, 329; Roquette JW 38, 549; Raiser a. a. O. S. 104.

13) H.J. Wolff, Gedenkschrift für W. Jellinek, S. 47.

14) BGHZ 10, 297. Bedenklich demgegenüber BVerfG NJW 71, 275 f (Abhör-Urteil).

15) Vgl. ausführlich hierzu oben Kapitel III.

pflicht Geschäftsbedingungen überhaupt erst dann in den Verkehr gebracht werden dürfen, wenn sie vorher auf ihre Angemessenheit hin überprüft worden wären.

Der zweite, ganz entscheidende Vorteil liegt darin begründet, daß nicht länger Gerechtigkeit nur für den seltenen Streitgegenständlichen Einzelfall erlangt wird, sondern daß die Verbraucher ganz generell vor unbilligen Bedingungen geschützt würden. Eine so geartete Kontrolle würde vor allem der großen Masse der rechts- und geschäftsunerfahrenen Verbraucher, den sozial unterprivilegierten Schichten der Bevölkerung, insgesamt also den besonders schutzwürdigen und zugleich zahlenmäßig stärksten Gruppen zugute kommen.

Auch bürdet eine präventive Genehmigungspflicht nicht mehr dem finanziell schwachen Verbraucher das Prozeßrisiko auf; Kontrahent des AGB-Verfassers im etwaigen Rechtsstreit wird vielmehr der Staat, gewissermaßen stellvertretend für alle Verbraucher.

Die Rollen in einem solchen Rechtsstreit sind grundlegend anders verteilt: Nun muß der Unternehmer angreifen, um seinen AGB Geltung zu verschaffen, nun muß er die Entscheidung fällen, ob er seine Bedingungen lieber gleich freiwillig abändern oder aber den Rechtsstreit mit dem nunmehr ihm wirtschaftlich überlegenen Kontrahenten aufnehmen will.

Diese umgekehrte Rollenverteilung ist sachlich gerechtfertigt: es ist der Unternehmer, der für die einseitige Ausgestaltung der AGB verantwortlich zeichnet, er will einen vom dispositiven Recht zu seinen Gunsten abweichenden Vertrag durchsetzen. Daher ist es auch berechtigt, ihn in die ungünstigere Position des "Angreifers" zu versetzen, in eine Position, die derzeit der an der Problematik "unschuldige" und zudem in allen Belangen unterlegene Verbraucher wahrnehmen muß.

Weiterhin hat ein behördliches Genehmigungserfordernis den Vorteil, daß es schon frühzeitig die abstrakten, generalisierenden gesetzlichen Wertungen - unter angemessener Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles - zu konkretisieren vermag.¹⁶⁾

Nicht konkret meßbar, aber doch mit Sicherheit zu erwarten, ist eine positive mittelbare Auswirkung einer solchen Präventivkontrolle: Die Unternehmer werden bereits bei Aufstellung der AGB die Interessen ihrer zukünftigen Vertragspartner angemessener berücksichtigen als dies derzeit der Fall ist, da sie nicht unter dem "Damoklesschwert" ¹⁷⁾ einer behördlichen Ge-

16) Vgl. Kollmar a. a. O. S. 60; Raiser a. a. O. S. 103.

17) Mroch a. a. O. S. 30.

nehmungspflicht stehen.

Letztlich hat der Vorschlag den, auch für die Wirtschaft bedeutsamen Vorzug,¹⁸⁾ bereits von vornherein klare Verhältnisse zu schaffen¹⁹⁾ und allen Beteiligten ein gesteigertes Vertrauen in die Rechtsbeständigkeit der Bedingungen zu vermitteln.

Abschließend ist festzuhalten, daß ein behördlicher Genehmigungsvorbehalt die mit Sicherheit effektivste²⁰⁾ Kontrolle für Allgemeine Geschäftsbedingungen zu garantieren vermag und er zugleich zu einer spürbaren Entlastung der überforderten Gerichte beitragen würde.

3.3. Die Nachteile und Gefahren einer staatlichen Präventivkontrolle sind weitgehend identisch mit den Vorbehalten, die jeglicher obrigkeitlicher Reglementierung des Wirtschaftslebens entgegengebracht werden.

Zunächst einmal wäre die Schaffung einer neuen, oder der Ausbau einer bestehenden Verwaltungsbehörde erforderlich. Zwei gewichtige Gründe sprechen dafür, daß für diese Kontrollinstanz ein umfangreicher Verwaltungsapparat²¹⁾ unumgänglich wäre:

Einerseits die große Vielzahl bestehender AGB und andererseits die aus rechtsstaatlichen Gründen zwingende Notwendigkeit, angesichts der Schwere der möglichen Sanktion, ein sehr intensives und gründliches Genehmigungsverfahren bereitzustellen.

Alleine die hieraus resultierenden Finanzierungsprobleme könnten Grund genug sein, ein solches Projekt in der Praxis undurchführbar erscheinen zu lassen.²²⁾

Der heraufbeschworene "ungeheuerer Verwaltungsapparat"²³⁾ läßt weitere negative Assoziationen deutlich werden: Die Schwerfälligkeit²⁴⁾ und Unbeweglichkeit²⁵⁾ einer solchen Behörde, die Gefahren einer unerträglichen

18) Vgl. Raiser in: Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages E 27.

19) Vgl. auch v. Hippel ZRP 72, 110.

20) Wenn demgegenüber Baur, DAR 62, 323, ausführt, daß die Wirksamkeit einer solchen Behörde "von vornherein aus verständlichen Gründen zweifelhaft wäre", so bleibt er für diese These die Begründung schuldig.

21) Vgl. v. Brunn a. a. O. S. 140; Fischer BB 57, 487; W. Weber a. a. O. N 393; Mroch a. a. O. S. 31.

22) So auch Nastelski DRiZ 55, 214.

23) Mroch a. a. O. S. 31.

24) Vgl. Raiser, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 24.

25) Vgl. Mroch a. a. O. S. 31.

Bürokratisierung²⁶⁾ und Langwierigkeit²⁷⁾ derartiger Genehmigungsverfahren.

V. Brunn²⁸⁾ glaubt darüberhinaus der Verwaltung das erforderliche technische und kaufmännische Wissen für eine sachgerechte Beurteilung von AGB absprechen zu müssen. Gewichtiger erscheinen demgegenüber die Erfahrungen, die man bei den genehmigungspflichtigen Allgemeinen Versicherungsbedingungen machen mußte.²⁹⁾ Auch das staatliche Genehmigungserfordernis, eine Art "juristische Baugenehmigung" wie Gudian treffend formuliert,³⁰⁾ vermochte eine reichhaltige Judikatur zur Frage der Angemessenheit einiger Klauseln nicht zu verhindern.³¹⁾ Es mußten sogar - trotz Genehmigung und jahrelanger Verwendung - Verstöße gegen zwingendes Recht festgestellt werden.³²⁾

Daraus folgt, daß auch eine staatliche Genehmigung keine unbedingte Gewähr zu bieten vermag für die inhaltliche Ausgewogenheit von AGB.³³⁾ Eng verflochten mit diesen Bedenken ist die Befürchtung, daß solche AGB mit staatlicher Sanktion bestandskräftiger und objektivem Recht angenähert würden.³⁴⁾

Es sind Fälle bekannt, da Richter sich gegenüber staatlich genehmigten AGB ganz offen besondere Zurückhaltung auferlegt haben.³⁵⁾ Selbst wenn dies

26) Vgl. Fischer BB 57, 487; Klausing a. a. O. S. 11; Haupt a. a. O. S. 228. Neuerdings Koch ZRP 73, 90.

27) Lukes JUS 61, 307.

28) Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 19.

29) Vgl. hierzu Haupt a. a. O. S. 204; Möller, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 20.

30) ZRP 72, 147.

31) Vgl. z. B. OGHZ 3, 16; BGHZ 1, 83; 1, 159; 2, 336; BGH NJW 51, 653; OLG Köln VersR 50, 118; OLG Düsseldorf BB 50, 466. Noch vor kurzem mußte der BGH, NJW 69, 1384, einer Klausel der Allgemeinen Bedingungen für die Kraftverkehrsversicherung die Anerkennung versagen, obwohl sie behördlich genehmigt war.

32) Vgl. Bruck-Möller, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 8. Auflage, 1. Band, 1961, Einleitung Anm. 48.

33) Von ähnlichen negativen Erfahrungen mit einer behördlichen AGB-Kontrolle in Dänemark hat Christiansen auf dem 21. Nordischen Juristentag, 1957 berichtet, vgl. dazu Neumayer in: Festschrift für Franz Laufke, 1971, S. 149 ff.

34) Vgl. Koch DR 44, 167; Krause BB 55, 265; Fischer BB 57, 487.

35) Peter, DR 38, 53, zitiert die Äußerung eines Richters am Amtsgericht

nicht offen zugegeben würde, so bliebe doch die Vermutung, daß von solchem staatlichem Gütestempel ein psychologischer Druck dahingehend ausgehen könnte, nur in besonders krassen Fällen unangemessene Klauseln für nichtig zu erklären. Bedenklicher noch erscheint dieser psychologische Druck im vorprozessualen Stadium, da Verbraucher noch viel weniger bereit sein könnten, das Risiko eines Prozesses auf sich zu nehmen, wenn sie auf die staatliche Sanktion hingewiesen würden.

Eine solche erhöhte Bestandskraft ist nicht nur bedeutsam bei inhaltlich bedenklichen Klauseln,³⁶⁾ sondern auch bei Veränderungen der sachlichen Gegebenheiten sowie für den Fall, da eine strengere höchstrichterliche Rspr. sich durchsetzen sollte.

Unter diesem Blickwinkel muß die Befürchtung gesehen werden, daß die Genehmigungsbehörde zum "geheimen Gesetzgeber des Privatrechts"³⁷⁾ werden könnte.

Berlin: "Mir gefallen die Lieferbedingungen der Wirtschaftsgruppe gar nicht; aber wenn sie die Wirtschaftsgruppe aufstellt, habe ich keine Veranlassung, sie zu beanstanden." Ähnlich die Entscheidungen RGZ 135, 177 und BGH NJW 69, 1384: "Allerdings wird Verwirkungsklauseln Allgemeiner Versicherungsbedingungen, die behördlich genehmigt sind und sich im Rahmen des § 6 VVG halten, nur aus sehr gewichtigen Gründen die rechtliche Anerkennung versagt werden können".

- 36) Vgl. auch die vergleichbare Sachlage im Bank- und Kreditwesen: Das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen hatte z. B. dem Bankhaus Bansa KG die erforderliche Genehmigung für das Bankgeschäft erteilt. Infolge dubioser Geschäftspraktiken wurde im Sommer 1972 wieder die Schließung des Instituts verfügt. Leidtragende sind eine Vielzahl von Kunden und sonstigen Gläubigern, die nur noch etwa 50 % ihrer eingelegten Gelder zurückerhalten werden. Ähnliche Bankpleiten ereigneten sich Anfang 1973 bei der Bayerischen Wirtschaftsbank sowie bei dem Bankgeschäft Findorff. Die auch für die vorliegende Problematik aufschlußreiche Lehre aus diesen Fällen lautet: Die vom Aufsichtsamt verfügte Zulassung von Banken ist noch längst kein Gütesiegel für ihre Bonität. Vgl. dazu auch die Berichte in der Süddeutschen Zeitung v. 4./5.11.1972, S. 23, vom 17.1.73 S. 14 sowie vom 17./18.3.73 S. 23.

- 37) BB 55, 265; ebenso Nastelski DRiZ 55, 214.

Andere Bedenken gegen eine staatliche Präventivkontrolle lassen sich unter den gemeinsamen Nenner bringen, daß ein Genehmigungserfordernis zu einem unerwünschten staatlichen Dirigismus³⁸⁾ sowie zu einer gefährlichen Lähmung der unternehmerischen Initiative führen würde.³⁹⁾ Allein bei Hurst⁴⁰⁾ klingen auch verfassungsrechtliche Vorbehalte an. Er hält einen generellen Genehmigungsvorbehalt für unzulässig, was er aus den "Wertungen des Grundgesetzes", insbesondere aber dem Bekenntnis zur freien Entfaltung der Persönlichkeit folgert.

4. Eigene Stellungnahme:

Soweit von den Gegnern einer Genehmigungspflicht für AGB die Nachteile eines schwerfälligen, unbeweglichen und bürokratischen Verwaltungsapparates heraufbeschworen werden, der Verwaltung damit schlichtweg die Eignung für eine derartige Aufgabe abgesprochen wird, kann dieser Argumentation nur in beschränktem Maße gefolgt werden. Hier wird zu offensichtlich das Klischee eines rückständigen, umständlichen Behördenapparates bemüht, ohne daß zugleich eine sachlich fundierte Begründung für diese These gegeben würde. Es ist allerdings bezeichnend, daß die meisten dieser Literaturstimmen in etwa in das Nachkriegsjahrzehnt fallen, in eine Zeit also, die noch unter dem Eindruck eines totalitären Verwaltungsregimes stand und die folgerichtig nahezu bedingungslos auf die Karte "Freiheit vor staatlicher Bevormundung" setzte. Genauso bezeichnend ist es, daß diese Stimmen in letzter Zeit seltener wurden, vielmehr wieder verstärkt der Ruf nach behördlichem Eingreifen laut wurde.⁴¹⁾

Dies ist - wie bereits dargelegt⁴²⁾ - eine Folge der Zeitbezogenheit, die der Diskussion um Vor- und Nachteile jeglicher Exekutivtätigkeit innewohnt.

Es ist verständlich, daß man der Verwaltung in einer Zeit, da man das Vertrauen in ihre positive Leistungsfähigkeit verloren hatte, in der man sie noch als Hauptgegner jeglicher individuellen Freiheit betrachtete, nicht die Kontrolle über weitere wichtige Bereiche unseres Sozialwesens zu übertragen bereit sein konnte.

38) Vgl. Fischer BB 57, 487; Möller, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages E 37; Raiser ebenda E 24, 27.

39) Vgl. v. Brunn a. a. O., S. 140; ähnlich Klausning a. a. O. S. 10.

40) a. a. O. S. 140.

41) Vgl. die Literaturangaben oben Fußnoten 6 und 7.

42) Vgl. oben Kapitel VII Ziffer 1. 3.

Die entscheidende Frage hier und heute aber geht dahin, ob die Exekutive derzeit und in absehbarer Zukunft generell geeignet erscheint, die Kontrolle über Allgemeine Geschäftsbedingungen zu übernehmen.

- 4.1. Die Funktion der Verwaltung hat sich im Laufe der Zeit erheblich gewandelt; während sie im Liberalismus des 19. Jahrhunderts der gesellschaftlichen Entwicklung überwiegend passiv gegenüberstand und im wesentlichen mit Ge- und Verboten für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu sorgen hatte,⁴³⁾ sie in der Zeit des Nationalsozialismus als Instrument der NSDAP ge- und mißbraucht wurde, kommt ihr heute eine erheblich modifizierte und umfassendere Funktion zu.⁴⁴⁾

Mit den umwälzenden Veränderungen des 20. Jahrhunderts als da sind Bevölkerungszuwachs, Bildung von Ballungsgebieten, vor allem aber explosionsartige technologische Entwicklung und in ihrem Gefolge grundlegende Strukturveränderungen in Gesellschaft und Arbeitswelt, sowie in neuester Zeit als Kehrseite des industriellen Fortschritts die ausufernde Umweltverschmutzung, mit allen diesen Änderungen hat sich auch der Aufgabenbereich der Verwaltung gewandelt.⁴⁵⁾ Das Gewicht hat sich von hoheitlicher Eingriffsverwaltung verschoben auf die vorbeugende oder sanierende Lenkung und Gestaltung komplexer und vom einzelnen nicht mehr steuerbarer Sachverhalte. Während früher Staatsaufsicht im Wirtschaftsbereich eindeutig gewerbepolizeilichen Charakter hatte, verbindet sich nunmehr mit diesem Begriff vornehmlich der Gedanke der staatlichen Fürsorge.⁴⁶⁾ Der von Forsthoff⁴⁷⁾ seinerzeit geprägte Begriff der "Daseinsvorsorge" ist heute von der rapiden Entwicklung in allen Lebensbereichen überholt und zu eng geworden. Indem der einzelne und die Gesellschaft von der Entwicklung, die sie in der Hand

43) Vgl. Altmann, Düll, Kammerer, Öffentliche Verwaltung - Modernisierung als gesellschaftliches Problem, 1971, S. 43.

44) Vgl. Ellwein, Entwicklungstendenzen der öffentlichen Verwaltung, in: Öffentliche Dienstleistungen - Vergeudung von Steuergeldern, S. 102 ff. Vgl. zur folgenden Darstellung insbesondere: Galette, Wandlungen der Verwaltungsaufgaben, ihrer Zuordnung und Durchführung im modernen Leistungsstaat, in: Funktionsgerechte Verwaltung im Wandel der Industriegesellschaft, Schriften der Hochschule Speyer Band 43, S. 49 ff; Giehl BayVB1 72, 57 ff.

45) Vgl. Giehl BayVB1 72, 58; Altmann, Düll, Kammerer a. a. O. S. 43 ff.

46) Vgl. schon Prost BB 55, 1034.

47) Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.

zu haben wählten, zunehmend überrollt wurden und die Lösung der Probleme ihre Kräfte überstieg, wurde der Ruf nach Staat und Verwaltung immer lauter und eindringlicher, die Gestaltung der Lebensverhältnisse in die Hand zu nehmen.⁴⁸⁾

Nunmehr soll der Staat überall lenkend eingreifen, er soll die Bildung verbessern, den Verkehrsstrom steuern, den sozial Schwachen helfen, die Gestrauchelten resozialisieren, das Gesundheitswesen reformieren, der Umweltverschmutzung Einhalt gebieten und vieles mehr.

Der Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft verflüchtigt sich zusehends; er wird abgelöst durch eine zunehmende Integrierung der Gesellschaft im Staat.⁴⁹⁾ Damit geht ein grundlegender Wandel im Verhältnis zum Staat einher: während der Bürger früher in Abwehrstellung zum "allmächtigen Staat" verharrte, tritt er ihm heute fordernd gegenüber.⁵⁰⁾ Der Staat scheint auch am ehesten prädestiniert für die Lösung der sich auftürmenden Probleme: zum einen ist er auch im System der sozialen Marktwirtschaft der bei weitem mächtigste soziale Faktor und zum anderen ist er aufgrund seiner relativ neutralen Stellung im "Gesamtkonzert der gesellschaftlich relevanten Kräfte" sowie angesichts seiner, allerdings auch nur wieder relativen Unabhängigkeit von Profitmaximen die einzige soziale Macht, der eine ausgewogene und am Prinzip der Sachlichkeit orientierte Lenkung und Gestaltung jedenfalls zuzutrauen ist.

Dieser Funktionswandel der staatlichen Verwaltung wird am deutlichsten sichtbar am ursprünglich hoheitsfreien Bereich der freien Wirtschaft, der heute zunehmend und oft auf Drängen der Betroffenen selbst von staatlichen Lenkungsmaßnahmen mitgestaltet wird. Es sei nur auf die Vielzahl dirigistischer Einzelakte hingewiesen, die auf steuerlichem und wettbewerblichem Gebiet ergangen sind.⁵¹⁾ Diese Entwicklung ist nur konsequent, denn wer anders als der Staat sollte die Aufgaben übernehmen, die aus der zunehmenden Durchdringung unseres gesellschaftlichen Lebens mit sozialen Gedanken erwachsen.⁵²⁾

48) Vgl. Altmann, Düll, Kammerer a. a. O. S. 63 ff.

49) Vgl. Galette a. a. O. S. 52; Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, 1966 B 30.

50) Vgl. Raiser JZ 58, 3.

51) Vgl. dazu vor allem die Referate von Scheuner und Schüle in: VVDStRL Band 11; Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage 1964 (Loseblatt); Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung B 17.

52) Vgl. Kollmar a. a. O. S. 132.

- Ein zweites Hauptbedenken gegen die Verwaltung ergibt sich aus ihrer überkommenen hierarchischen inneren Struktur.

Mit dem Begriff der Verwaltung verbindet sich noch vielerorts die Assoziation eines rückständigen, starren, überalterten, in der Hierarchie geknebelten, schwerfälligen Apparates, der seine Daseinsberechtigung zu einem guten Teil von der Verwaltung der eigenen auswuchernden Mammutbehörde fristet.⁵³⁾

Dieser Wertung ist jedoch heute - jedenfalls in vielen Teilen - nicht mehr zu folgen.

Es mag sein, daß in den traditionellen Zweigen staatlicher Verwaltung, also vornehmlich im Bereich der eingreifenden Verwaltung, diese Beurteilung noch mehr oder weniger zutreffend ist. Hinsichtlich der lenkenden und planenden Verwaltung jedoch vollzieht sich ein steter Wandel weg von starren bürokratischen Strukturen und hin zu eigenverantwortlichem Handeln, das nicht an formalen Über- und Unterordnungskriterien sondern vielmehr an materiellen, von der Sache her gebotenen Gesichtspunkten orientiert ist.

Dieser Wandel vollzieht sich fast zwangsweise, denn wo Lenkungsaufgaben im Vordergrund stehen, läßt sich durch den wachsenden Bedarf an spezialisiertem Fachwissen die bislang als selbstverständlich angenommene Übereinstimmung von Sachverstand und hierarchischer Einordnung nicht mehr aufrechterhalten. Auch folgt aus der Tatsache, daß die den Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalte zunehmend differenzierter geworden sind, die notwendige und unabweisbare Folge, daß neue Führungs- und Organisationsmodelle für die Verwaltung gefunden bzw. weiterentwickelt werden müssen.⁵⁴⁾

Es ist zuzugeben, daß sich diese, durch den Funktionswandel der öffentlichen Verwaltung unausweichliche Entwicklung nur schleppend vollzieht, daß starke Widerstände noch zu überwinden sind.

Ungeachtet dessen gilt es, insbesondere im Bereich der planenden und gestaltenden Verwaltung, die bereits vollzogenen Wendungen hin zu Mitarbeiterprinzip und Managementmethoden - soweit dies mit der Funktion der öffentlichen Verwaltung vereinbar ist - weiter fortzuentwickeln, um den neuen

53) Ähnlich Altmann, Düll, Kammerer a. a. O. S. 56.

54) Großbritannien hat aus dieser Erkenntnis bereits entsprechende Konsequenzen bei der Neuorganisation seines öffentlichen Dienstes gezogen, vgl. Fulton, A Framework for the Future, Civil Service National Whitley Council, März 1970, S. 15 ff.

Aufgaben gerecht werden zu können.⁵⁵⁾

- Zwar ist zu bedenken, daß die Tätigkeit einer AGB-Kontrollbehörde in streng formalem Sinne der eingreifenden Verwaltung zuzuordnen wäre. Jedoch handelt es sich insoweit nicht um Eingriffsverwaltung im überkommenen Sinne sondern vielmehr - ähnlich wie im Kartellrecht⁵⁶⁾ - um rechtsprechungsähnliche Aufsicht besonderer Art, für die die aufgezeigten positiven Gegenwartsanalysen und Zukunftsprognosen grundsätzlich ebenfalls zu gelten haben. Dies umso mehr, als es um die Schaffung einer neuen Instanz mit neuer Funktion geht und folglich auch ein Mitschleppen überholten Ballastes weit weniger zu befürchten wäre.

Darüberhinaus ist hier wie dort festzuhalten, daß der Staat sich nicht etwa aus eigenem, ungezügelterm Machtstreben in die neuen Aufgaben zu drängen sucht: Im sozialen und gesellschaftlichen Bereich muß er sich der aufgezeigten Lenkungs- und Gestaltungsaufgaben annehmen, weil die Beseitigung der Abfallprodukte und sonstigen negativen Folgen einer übermäßigen Wachstumswirtschaft dieser entweder nicht lukrativ genug, oder von ihr nicht mehr zu bewältigen ist. Ähnlich ist hier der Ruf nach staatlicher AGB-Aufsicht lediglich eine Folge der inneren Krise des Privatrechts selbst,⁵⁷⁾ einer Krise, die hervorgerufen und geschürt wurde vor allem durch diejenigen, die sich gegen staatliche "Bevormundung" regelmäßig am heftigsten zur Wehr zu setzen pflegen.

Abschließend ist daher festzustellen, daß die Verwaltung für Aufgaben der vorliegenden Art in der heutigen Zeit grundsätzlich geeignet erscheint. Wenn v. Brunn⁵⁸⁾ die fachliche Qualifikation einer solchen Verwaltungsinstanz in Frage stellt, so ist ihm entgegenzuhalten, daß eine derartige Behörde, die sich nur mit AGB befassen und daher sehr schnell fundierte Spezialkenntnisse aufweisen würde, mit Sicherheit dem bisherigen AGB-Kontrollmonopol, der Judikative, fachlich überlegen sein dürfte. Denn die Zivilgerichte müssen die Ausgewogenheit von AGB neben ihrer sonstigen Spruchpraxis prüfen, sie haben zudem nicht die Möglichkeiten (Verhandlungsmaxime der ZPO) und nicht die Informationsquellen, die einer von

55) Vgl. hierzu allgemein Laux, Planung als Führungsmittel der Verwaltung, 1967.

56) Vgl. Müller-Henneberg-Schwarz, GWB, Gemeinschaftskommentar, 2. Auflage, 1963, § 48 Anm. 4.

57) Vgl. Kollmar a. a. O. S. 148.

58) Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 19.

Amts wegen tätig werdenden AGB-Kontrollbehörde zur Verfügung stehen würden.

- 4.2. Was die Befürchtung anlangt, auch ein staatlicher Genehmigungsvorbehalt könne keine ausreichende Gewähr für die Angemessenheit von AGB bieten, so kann und soll dies grundsätzlich nicht abgestritten werden. Genauso erleben wir es schließlich in der verwaltungsgerichtlichen Rspr., daß Anordnungen des Staates für rechtswidrig erachtet, daß Rechtsverordnungen für nichtig erklärt werden. Sogar förmliche Gesetze, die die hohen Hürden des Gesetzgebungsverfahrens überwunden haben, und die vor Verabschiedung von einer Vielzahl einschlägig spezialisierter Juristen eingehend auf ihre Rechtmäßigkeit hin untersucht wurden, konnten der verfassungsgerichtlichen Überprüfung nicht standhalten.⁵⁹⁾ Was zudem die Staatsaufsicht hinsichtlich der Allgemeinen Versicherungsbedingungen im besonderen anlangt, so muß sich der Kritiker auch einmal die Frage stellen, wie diese Bedingungen heute ohne die staatliche Präventivkontrolle aussehen würden. Unbeschadet dessen kann jedenfalls nicht davon die Rede sein, daß mit einer staatlichen Genehmigungspflicht für AGB das Problem nunmehr völlig vom Tisch gewischt sein würde. Vielmehr kann es doch nur darum gehen, auf die Unternehmer von vorneherein mittelbar wie unmittelbar spürbaren Druck auszuüben, ihre AGB wieder stärker an Gerechtigkeitsmaximen auszurichten, kann nur versucht werden, diesem "Gesetzgeber in eigener Sache" wirklich effektive Gegengewichte entgegenzuhalten. Das Ergebnis wären nicht durch und durch "saubere" AGB, zumal jegliches staatliche Kontrollrecht auf die Prüfung der Rechtswirksamkeit beschränkt bleiben muß, Zweckmäßigkeitserwägungen ihm vorenthalten blieben. Aber sicher ist, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen in ihrer großen Masse wieder wesentlich ausgewogener und verbraucherfreundlicher gestaltet würden; nur kann angesichts unvermeidbarer menschlicher Unzulänglichkeiten nicht ausgeschlossen werden, daß auch einzelne unangemessene Klauseln durch das Netz einer solchen Genehmigungspflicht würden schlüpfen können.

59) Vgl. z. B. den Katalog für nichtig erklärter Rechtsvorschriften in BVerfG, Register, Band 1 - 10, Anhang 5 sowie BVerfG, Register, Band 11 - 20, D I, II. Wie fließend die Grenzen zwischen Wirksamkeit und Unwirksamkeit, zwischen Angemessenheit und Unbilligkeit von staatlichem Recht verlaufen können, manifestiert zugespitzt die Entscheidung BVerfG NJW 71, 275 ff, 281 ff: 5 Richter votierten für und 3 Richter gegen die Wirksamkeit des Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG.

- 4.3. Damit ergibt sich zugleich ein Berührungspunkt mit dem weiteren Bedenken, daß einmal genehmigte AGB eine erhöhte Bestandskraft genießen könnten.⁶⁰⁾

Es kann jedoch zunächst einmal unter der Geltung unseres Grundgesetzes kein Zweifel daran bestehen, daß private Vertragsordnungen im Falle der Rechtshängigkeit auch auf ihre Vereinbarkeit mit den allgemeinen zivilrechtlichen Schranken hin überprüft werden können und müssen.⁶¹⁾ Auch die Tatsache der staatlichen Genehmigung vermag an dieser Rechtslage nichts zu ändern.

Beachtenswert erscheint hingegen die aufgezeigte Gefahr, daß psychologische Gründe zu einer erhöhten Bestandskraft von genehmigten AGB führen könnten.

Es muß insoweit jedoch die erste wichtige Einschränkung gemacht werden, daß aus einer etwaigen erhöhten Bestandskraft eine Gefahr nur dann resultieren kann, soweit es sich um eine der vermutlich sehr wenigen unangemessenen Klauseln handelt, die das Kontrollsieb der Genehmigungsbehörde unbeanstandet passieren vermochte.

Aber auch diese verbleibende Gefährdung ist gering einzuschätzen: so wie es derzeit schon tägliches Brot der Verwaltungsrechtsprechung ist, Akte der Staatsgewalt kritisch zu überprüfen und gegebenenfalls als rechtswidrig zu brandmarken, so würde auch in der Zivilrechtsprechung sehr rasch diese psychologische Sperre abgebaut werden, wenn sie generell mit staatlich genehmigten AGB konfrontiert wäre. Die derzeit noch bestehende Zurückhaltung ist damit zu erklären, daß für den Zivilrichter eine solche staatliche Mitwirkung noch Neuland ist und ihm in der Tat eine besondere Richtigkeitsgewähr zu suggerieren scheint.

- 4.4. Soweit auf die Gefahren eines unerwünschten "staatlichen Dirigismus"⁶²⁾ hingewiesen wird, gilt es festzuhalten, daß in diesem Bereich auch derzeit ein solcher Dirigismus zu beobachten ist, nur mit dem bedeutsamen Unterschied, daß nicht ein neutrales, an Recht und Gesetz gebundenes Staatsorgan, sondern vielmehr die einseitig orientierte Wirtschaft maßgeblicher "Dirigent" ist. Auch ist der bestehende Dirigismus wesentlich wirkungsvoller

60) Vgl. Fischer BB 57, 487; Krause BB 55, 265.

61) Wenn man wie Herschel, DR 42, 757, der Rspr. eine Inhaltskontrolle staatlich sanktionierter AGB versagen wollte (er bezieht sich allerdings direkt nur auf allgemein verbindlich erklärte Vertragsordnungen), so wäre dieses Bedenken allerdings in der Tat gewichtig.

62) Raiser, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 24, 27.

und intensiver, da der großen Masse der "dirigierten" Verbraucher praktisch keine Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Das was als unerwünschter staatlicher Dirigismus angeprangert wird, würde zudem in Wirklichkeit noch nicht einmal zu einem "Ko-Dirigenten", geschweige denn zu einem Wechsel des "Dirigenten" führen. Auch eine staatliche Präventivkontrolle würde nichts daran ändern, daß die AGB den Verbrauchern weiterhin einseitig diktiert werden. Der angebliche "staatliche Dirigismus" bestünde alleine darin, daß dieses Diktat der Wirtschaft - bevor es im rechtsgeschäftlichen Verkehr Wirkungen entfalten kann - auf seine Vereinbarkeit mit Recht und Gesetz hin überprüft würde. Es wird also lediglich - und dies scheint die Gegenmeinung zu verkennen - die Rechtswirksamkeit dieser Bedingungen, nicht aber deren Zweckmäßigkeit überprüft. Staatlicher Dirigismus kann so gesehen also nur darin liegen, daß die Behörde durch ihr Eingreifen verhindert, daß unbillige und damit unwirksame AGB - unter Mißachtung ihrer Nichtigkeit - der großen Masse der Vertragspartner gegenüber Verwendung finden.

Ein solches staatliches Eingreifen vermag nicht als unerwünscht gewertet zu werden.

- 4.5. Ähnlich ist auch dem Vorwurf zu begegnen, ein Genehmigungserfordernis würde zu einer Lähmung der unternehmerischen Initiative führen.⁶³⁾

Es ist nicht ersichtlich, daß ein Unternehmer, der sachlich vertretbare Geschäftsbedingungen verwendet, in seiner unternehmerischen Initiative dadurch gelähmt würde, daß seine AGB nicht erst zu irgendeinem späteren Zeitpunkt durch die Gerichte, sondern schon vor erstmaliger Verwendung durch die Verwaltung auf ihre Rechtswirksamkeit hin untersucht werden würden.

Sollten seine unternehmerischen Initiativen allerdings dahingehen, auch unangemessene Klauseln zu verwenden, so würden ihm insoweit in der Tat Beschränkungen auferlegt werden. Allerdings sollte einer solchen "Lähmung" unternehmerischer Initiativen die Zustimmung nicht versagt werden, da es insoweit auch an der Schutzwürdigkeit der Initiativen fehlt.

Ganz allgemein sollte man dieser - auch in anderen gesellschaftspolitischen Bereichen zunehmend beliebteren - pauschalen Berufung auf die vorrangig "schützenswerte Freiheit der unternehmerischen Initiative" mit der gebotenen Skepsis begegnen. Gerade im vorliegenden Falle mutet die Berufung auf Freiheitsprinzipien seltsam an angesichts der Tatsache, daß die Wirtschaft selbst ihren großen Freiheitsspielraum dazu mißbraucht hat, die Ver-

⁶³⁾ Vgl. v. Brunn a. a. O. S. 140.

tragsfreiheit der großen Masse der Verbraucher zu einer bloßen "Freiheit auf Unterwerfung"⁶⁴⁾ schrumpfen zu lassen.

Aber ganz abgesehen davon muß staatliches Eingreifen keineswegs immer zu einer zwangsweisen Lähmung der unternehmerischen Initiative führen. So wurden beispielsweise 1938 unter Mitwirkung verschiedener Verbände des Kfz. -Handels, der Kfz. -Industrie und der Automobilclubs, sowie unter Mitwirkung des damaligen Rechtswirtschaftsministeriums und mit Genehmigung eines Preiskommissars die sog. "Einheitsbedingungen für den Verkauf von Kraftfahrzeugen" aufgestellt, deren Verwendung auch verbindlich vorgeschrieben wurde.⁶⁵⁾

Obwohl nach 1945 für die Kfz. -Industrie keinerlei Zwang mehr bestand, diese - unter maßgeblicher staatlicher Beteiligung entstandenen - Bedingungen weiterzuverwenden, so entsprechen dennoch auch heute noch die Verkaufsbedingungen der gesamten Kfz. -Branche weitgehendst diesen Einheitsbedingungen. Zwar finden sich eine Reihe von geringfügigen Änderungen des Wortlauts; inhaltlich jedoch ergeben sich keine ins Gewicht fallenden Abweichungen.⁶⁶⁾ Das Beispiel verdeutlicht, daß die angeblich bedrohte unternehmerische Initiative und Beweglichkeit keinesfalls so hoch zu veranschlagen ist und daß andererseits eine staatliche Intervention nicht etwa zu rückständigen Regelungen führen muß.

4. 6. Allerdings sind noch zwei weitere Gedanken anzuführen, die grundsätzlich gegen einen Genehmigungsvorbehalt sprechen.

- Es stünde zu erwarten, daß in den meisten Fällen, da die Genehmigung für AGB versagt wird, die Gerichte angerufen werden. Der Genehmigungsvorbehalt darf aber nun nicht dazu führen, daß der bereits jetzt langwierige Instanzenzug noch um eine weitere Instanz angereichert würde. Dies widerspräche der rechtspolitischen Forderung und dem sich bereits abzeichnenden Trend nach einem rascheren und effizienteren Rechtsschutz.

Man müßte daher - ähnlich wie im kartellrechtlichen Verfahren, §§ 62 ff. GWB - einen besonderen, vorzugsweise zweistufigen Instanzenzug für derartige Rechtsstreitigkeiten einrichten. Aber selbst dann gilt zu bedenken,

64) S. Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957, S. 553.

65) Vgl. ausführlich zur Entstehungsgeschichte dieser Einheitsbedingungen: Fischbach RdK 38, 60 ff; Friedel a. a. O. S. 70 ff; v. Brunn DAR 67, 150; Clemm a. a. O. S. 2 ff.

66) Vgl. W. Weber, a. a. O. N 102; auch v. Brunn, in: Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages E 18.

daß sich immerhin drei Instanzen in aller Ausführlichkeit und Intensität mit solchen zweifelhaften Bedingungen befassen müßten.⁶⁷⁾

- Zweitens ist zu bedenken, daß es sich bei dieser AGB-Kontrolle materiell um rechtsprechende Tätigkeit handelt, für die grundsätzlich die unabhängigen Gerichte mit unabsetzbaren Richtern besser geeignet erscheinen.⁶⁸⁾

Zwar ist einzuräumen, daß die letzte Entscheidung immer einem Rechtsprechungsorgan vorbehalten bliebe. Es darf aber auch nicht das besondere Gewicht verkannt werden, das einer behördlichen Versagung der Genehmigung zukommt: selbst wenn der Unternehmer letztlich obsiegt, so hat ihn doch die Genehmigungsbehörde gehindert, die strittigen Klauseln vielleicht jahrelang seinen Rechtsgeschäften zugrunde zu legen.

Jedenfalls stünde zu befürchten, daß ein solchermaßen vorgeschaltetes Genehmigungsverfahren Verzögerungen mit sich bringen, und vor allem auch spätere AGB-Änderungen jeweils umständlicher vonstatten gehen lassen würde.

- 4.7. Weder diese negativen Begleiterscheinungen noch die bisher erörterten und größtenteils widerlegten Vorbehalte wiegen jedoch die emminnten Vorteile einer AGB-Genehmigungspflicht auch nur annähernd auf. Das Kernproblem liegt jedoch darin begründet, welchen sächlichen und vor allem welchen personellen Umfang eine solche Genehmigungsbehörde haben müßte und in zweiter Linie darin, welche verfassungsrechtlichen Schranken zu beachten sind.
- 4.8. Die Größe des erforderlichen Verwaltungsapparates hängt maßgeblich von zwei Faktoren ab: zum einen vom Umfang des Kontrollobjektes, d.h. von der mutmaßlichen Zahl vorgelegter und zu genehmigender AGB, und zum anderen von der erforderlichen Intensität des Kontrollverfahrens, die wiederum bestimmt wird durch die der Behörde beizugegebene Funktion.
- 4.8.1. Bei einer Genehmigungsbehörde steht jedenfalls der letztgenannte Faktor fest: die Funktion einer solchen Behörde besteht in der Genehmigung bzw. Versagung der Genehmigung, bestimmte AGB im rechtsgeschäftlichen Verkehr zu verwenden. Für die aufgeworfene Frage ergeben sich daraus folgende Konsequenzen: Für den Unternehmer wird es in aller Regel einen sehr schwerwiegenden Eingriff in seine Tätigkeit darstellen, wenn ihm untersagt wird, die vorgelegten AGB seinen Rechtsgeschäften zugrunde zu legen. Man

67) Immerhin aber geht hier die lange Dauer des Zivilprozesses nicht auf Kosten der Verbraucher, da die streitgegenständlichen AGB-Klauseln während der Rechtshängigkeit nicht gegen sie verwendet werden könnten.

68) Ebenso W. Weber a. a. O. N 384.

stelle sich vor, welche organisatorischen und kalkulatorischen Schwierigkeiten für das Vertragshändlernetz der großen Automobilfirmen auftreten würden, wenn sie - möglicherweise für den langen Zeitraum des Rechtsstreits - ihre Verkäufe nach BGB-Gesetzesrecht abzuwickeln hätten.

Allerdings ist eine wichtige Einschränkung geboten:

Sofern vorgelegte AGB beanstandet werden sollten, so wird die Beanstandung in aller Regel nur eine oder jedenfalls nur einige wenige Klauseln der Geschäftsbedingungen erfassen. Der Unternehmer muß also während des möglicherweise jahrelangen Rechtsstreits nur hinsichtlich dieser Klausel(n) auf das dispositive Recht zurückgreifen.

Dennoch - und das ist allein entscheidend im Rahmen dieser Erwägungen - wird ein Unternehmer von einem solchen staatlichen Verdikt nachhaltig getroffen. Das bedeutet aber, daß der Staat ein solches Genehmigungsverfahren sehr intensiv und mit allen rechtsstaatlichen Garantien ausstatten müßte.

Jeglicher Eingriff in die Rechtssphäre Privater und - in einem kapitalistisch orientierten Wirtschaftssystem - vor allem ein Eingriff in die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung muß nach allen Seiten hin rechtlich abgesichert und eingehendst begründet sein.

Das bedeutet aber, daß dieser Faktor sehr entschieden für eine - vor allem in personeller Hinsicht - umfangreiche Verwaltungsbehörde spricht.

4. 8. 2. Was den zweiten maßgeblichen Faktor betrifft, so stehen hier verschiedene Möglichkeiten zur Auswahl. Der staatlichen Kontrolle könnte man unterwerfen:

- a. jegliche vorgedruckten Geschäftsbedingungen, ⁶⁹⁾
- b. nur die gegenüber einem Letztverbraucher verwendeten AGB,
- c. nur die gegenüber einem Letztverbraucher in bestimmten, erfahrungsgemäß besonders bedeutsamen und gefährlichen Wirtschaftsbereichen geltenden Geschäftsbedingungen.

- Was die Entscheidung zwischen den beiden ersten Varianten angeht, so liegt es bei einer, vorrangig dem Verbraucherschutz gewidmeten Arbeit zumindest nahe, die behördliche Kontrolle auf Letztverbraucher-AGB zu beschränken. Dieser Lösung ist auch - jedenfalls im Rahmen der vorliegenden Erwägungen ⁷⁰⁾ - der Vorzug zu geben.

Hierfür spricht einmal der Gedanke, daß es dem deutlichen Bemühen der Wirtschaft um größtmögliche Freiheit vor staatlicher Bevormundung wider-

69) So der Gesetzentwurf der ASJ Südbayern, § 1 (vgl. Anlage 1).

70) Anderes muß gelten für eine gesetzliche AGB-Regelung, vgl. dazu unten Kap. IX, 8.

sprache, wenn man eine staatliche Instanz darüber entscheiden ließe, ob konkrete vertragliche Ausgestaltungen zwischenunternehmerischer Rechtsbeziehungen als rechtsverbindlich anzuerkennen sind oder nicht. Während das Sozialstaatsprinzip bei Geschäftsbedingungen, die gegenüber einer unbestimmt großen Masse von Letztverbrauchern verwendet werden, den Gesetzgeber zur Abwehr von Mißständen größeren Ausmaßes geradezu anhält, läßt sich ein entsprechender Eingriff bei zwischenunternehmerischen Bindungen nicht gleichermaßen durch das Sozialstaatsprinzip rechtfertigen. Der direkte behördliche Eingriff in solche Bereiche des Rechtsverkehrs sollte nur und erst dann ernsthaft in Betracht kommen, wenn die hier verwendeten AGB zu schlechthin untragbaren Verhältnissen geführt haben. Eine solche Feststellung läßt sich - jedenfalls zum jetzigen Zeitpunkt - noch nicht treffen. Des weiteren ist zu bedenken, daß gerade die Einrichtung einer präventiven staatlichen Kontrolle in erster Linie wegen des von gesetzesähnlichen AGB ausgehenden psychologischen Abschreckungseffekts geboten ist.⁷¹⁾ Dieser Abschreckungseffekt zeigt jedoch beim Vollkaufmann generell wesentlich geringere Wirkungen als beim rechtsunkundigen Letztverbraucher. Vom meist anwaltlich beratenen Geschäftsmann darf erwartet werden, daß er sich vom äußeren Legitimationsschein quasigesetzlicher Vertragsvordrucke in geringerem Maße beeindrucken läßt als der Durchschnittsbürger.⁷²⁾ Auch wird er auf Grund seiner besonderen Geschäftserfahrung oft in der Lage sein, bereits im vorprozessualen Stadium mittels Kulanz oder Vergleich eine befriedigende Lösung zu erlangen.

Vor allem aber muß es ein gewichtiges Anliegen bei der Einführung jedweder staatlichen AGB-Kontrolle sein, den Kontrollgegenstand so weit wie nur möglich zu beschränken. Die Zahl der verwendeten Industrie-AGB läßt sich, auch nicht annähernd genau, schätzen. Es ist jedoch bekannt, daß sehr viele Unternehmen vor allem auf der Erzeuger- und Großhandelsebene jeweils mehrere sehr unterschiedliche AGB für verschiedene Geschäftsbereiche zu verwenden pflegen. Mithin läßt sich - bei aller Vorsicht - doch die Schlußfolgerung ziehen, daß eine Erstreckung der staatlichen AGB-Kontrolle auf zwischenunternehmerische Geschäftsbedingungen den benötigten Kontrollapparat ganz erheblich aufblähen und damit dessen Realisierbarkeit schlechthin gefährden würde.

Die Gesamtheit dieser Überlegungen führt zu dem Ergebnis, daß eine umfassende behördliche AGB-Kontrolle abzulehnen ist.

71) Vgl. dazu eingehend Kap. I, 2; Kap. III.

72) Vgl. auch Lindacher BB 72, 298.

- Zu entscheiden bleibt die weitere Frage, ob einer generellen oder einer partiellen, auf wirtschaftlich und sozial wichtige Bereiche beschränkten Präventivkontrolle für Letztverbraucher-AGB der Vorzug zu geben ist. Raiser,⁷³⁾ der sich für die letztere Lösung ausspricht, will die Genehmigungspflicht nur auf solche Sparten ausdehnen, die mit einem breiteren Publikum kontaktieren, also z. B. Verkehrsunternehmen, Versorgungsbetriebe, Versicherungsunternehmen und Banken.

Wenngleich eine solche "kleine Lösung" wiederum den wesentlichen Vorzug hätte, daß das Tätigkeitsfeld und damit auch der erforderliche sachliche und personelle Umfang der Kontrollbehörde sehr begrenzt bliebe, so sprechen dennoch die gewichtigeren Gründe für eine, alle Letztverbraucher-AGB erfassende Genehmigungspflicht: In erster Linie ist dies mit den ganz erheblichen Schwierigkeiten zu begründen, die Wirtschaftsbranchen in sozial wichtige und unwichtige, vor allem aber auch in besonders gefährliche bzw. minder gefährliche Gruppen einzuteilen.⁷⁴⁾ Gerade auch die letztere Differenzierung erscheint bedeutsam, da der staatliche Schutz primär dort einzusetzen hat, wo die Schutzbedürftigkeit der Rechtsgenossen am größten ist.

Der Katalog von Raiser würde unter diesem Aspekt derzeit schon absolut unzureichend sein. Es fehlten z. B. die großen und heute so bedeutsamen Branchen, die technische Geräte der verschiedensten Art anbieten. Allein ein Blick auf die in letzter Zeit veröffentlichten AGB-Entscheidungen läßt deutlich werden, daß gefährliche Klauseln in den vielfältigsten Wirtschaftsbereichen anzutreffen sind. Diese Entscheidungen betreffen z. B. die Geschäftsbedingungen eines Eismaschinenaufstellers,⁷⁵⁾ eines Futtermittellieferanten,⁷⁶⁾ eines Automatenaufstellers,⁷⁷⁾ eines Heizöllieferanten,⁷⁸⁾ eines Maklers⁷⁹⁾ sowie eines Kfz.-Vermieters.⁸⁰⁾

Es ist auch keineswegs so, daß unbillige AGB nur von besonders mächtigen Unternehmen verwendet werden; da die große Masse der Verbraucher das Kleingedruckte sowieso nicht zu lesen pflegt, besteht für die Vielzahl klei-

73) a. a. O. S. 104.

74) Vgl. auch Kliege a. a. O. S. 78.

75) Vgl. NJW 72, 1993.

76) Vgl. NJW 72, 251.

77) Vgl. NJW 71, 10

78) Vgl. NJW 71, 1036.

79) Vgl. NJW 71, 1133.

80) Vgl. NJW 71, 1754.

nerer und mittlerer Unternehmen unter diesem Aspekt oft kein Anlaß, ihre Bedingungen weniger einseitig zu fassen. Die geringere soziale Macht wirkt sich hier lediglich in den Fällen der Reklamation einer AGB-Klausel aus, indem das kleinere Unternehmen zu größerer Nachgiebigkeit gegenüber seinen Kunden gezwungen sein wird. An der einseitigen Ausgestaltung der AGB selbst ändert dies aber nichts.

Bei der Auswahl solcher besonders kontrollbedürftigen Wirtschaftsbranchen dürfen weiterhin gewisse praktische und politische Schwierigkeiten nicht übersehen werden: Ein mächtiges Gerangel der verschiedensten Interessenverbände und Lobbyisten stünde zu erwarten und als Ergebnis zu befürchten, daß am Schluß eine Präventivkontrolle nur für wenige und dabei vornehmlich für die Branchen eingerichtet würde, die die schwächste Lobby auf die Beine zu bringen vermochten.

Letztlich würde auf den Gesetzgeber das äußerst schwierige und delikate Problem zukommen, sein Auswahlverfahren auch unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes, Art. 3 GG, ausreichend absichern zu müssen.⁸¹⁾ Auch diese verfassungsrechtliche Schranke könnte ihn dazu verführen, die Genehmigungspflicht schließlich auf nur einige wenige Branchen zu beschränken. Das aber würde mit Sicherheit bedeuten, daß die Problematik unbilliger AGB weiterhin auf der Tagesordnung der rechtspolitischen Diskussion stünde. Nach allem erscheint - auch unter dem Gesichtspunkt, daß nur eine möglichst umfangreiche Präventivkontrolle der grundsätzlichen Reformbedürftigkeit gerecht zu werden vermag - allein eine auf alle Letztabnehmer-AGB bezogene Präventivkontrolle diskutabel und empfehlenswert.

Das aber wiederum bedeutet, daß ein rechtsstaatlich abgesichertes Genehmigungsverfahren für eine große Vielzahl von AGB installiert werden müßte. Selbst wenn man in Betracht zieht, daß die Bedingungen der einzelnen Unternehmen schon jetzt meist auf entsprechende Musterformulare der einschlägigen Industrieverbände zurückzuführen sind, die Zahl materiell divergierender AGB also wesentlich geringer ist, so wäre doch ein sehr umfangreicher Verwaltungsapparat unumgänglich.

Vor allem in der Anfangsphase dieser Kontrolltätigkeit, da alle derzeit schon bestehenden AGB zur Genehmigung vorgelegt werden müßten, würde diese Behörde von Genehmigungsanträgen nahezu überschwemmt werden, und wäre sie angesichts der notwendigen umfangreichen Überprüfung mit Sicherheit auf viele Monate, wahrscheinlich sogar auf Jahre hinaus überlastet.

81) Vgl. dazu ausführlich Badura AÖR 92, S. 383 ff, 399 ff.

Andererseits aber hätte die Wirtschaft, da sie für die Verwendung ihrer AGB im Rechtsverkehr auf die verbindliche Genehmigung angewiesen wäre, ein berechtigtes Interesse an baldiger Prüfung und Entscheidung. Dies würde zwangsläufig zu einer weiteren Aufblähung der erforderlichen Kontrollbehörde führen.

4. 8. 3. Als Fazit gilt es festzuhalten, daß eine AGB-Genehmigungspflicht auf dieser Basis kaum durchführbar erscheint, da der benötigte Verwaltungsapparat zu umfangreich und damit das Projekt schon aus finanziellen Erwägungen zum Scheitern verurteilt wäre.

Gerade im Hinblick auf die Vorbehalte, die wegen der großen Vielzahl zu genehmigender AGB einer Präventivkontrolle entgegenstehen, hat v. Hippel⁸²⁾ einen ebenso einfachen wie erfolgversprechenden Vorschlag gemacht: Er will der Gefahr einer Mammutbehörde dadurch begegnen, daß nur noch solche AGB zugelassen werden, die von den verschiedenen Wirtschaftsverbänden für die jeweiligen Branchen ausgearbeitet worden sind.

4. 9. Dieser (Aus-)Weg stößt jedoch auf verfassungsrechtliche Bedenken, die im folgenden eingehend zu erörtern sind. Ein solcher Zwang, nur die von einem Wirtschaftsverband vorformulierten und von einer staatlichen Instanz genehmigten Geschäftsbedingungen verwenden zu dürfen, würde zunächst einmal und vor allem einen Eingriff in die Vertragsfreiheit darstellen.

Der Frage nach den Grenzen der Einschränkung der Vertragsfreiheit muß notwendigerweise die Prüfung vorausgehen, ob und inwieweit diese Freiheit verfassungsrechtlich geschützt ist.

4. 9. 1. Ein Teil der Literatur sieht, gestützt auf die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes sowie auf die - im Gegensatz zur Weimarer Verfassung (Art. 151, 152) - fehlende ausdrückliche Erwähnung die Vertragsfreiheit als verfassungsrechtlich nicht gewährleistet an.⁸³⁾

Demgegenüber sieht eine andere Ansicht sie als durch Art. 14 GG verfassungsrechtlich verbürgt,⁸⁴⁾ während nach einer dritten Meinung die Vertragsfrei-

82) v. Hippel ZRP 72, 110; ähnlich schon W. Weber a. a. O. N 393.

83) Vgl. v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, 1955 S. 161, 167 ff; Ballerstedt DÖV 51, 160; Haas DÖV 54, 71. Neuerdings auch Räiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, 1966, B 18 ff.

84) Werner Weber in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, 1954, S. 358; sowohl auf Art. 2 GG wie auf Art. 14 GG stützt die Vertragsfreiheit Bettermann JZ 52, 65.

heit grundsätzlich durch Art. 2 Abs. 1 GG abgesichert ist,⁸⁵⁾ soweit sie nicht ausnahmsweise durch ein Spezialgrundrecht erfaßt wird, wie etwa die Tarifvertragsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 GG.⁸⁶⁾

Es ist der letztgenannten, im übrigen auch von der Rechtsprechung⁸⁷⁾ und der überwiegenden Literatur vertretenen Meinung zu folgen: Der, die verfassungsrechtliche Absicherung der Vertragsfreiheit leugnenden Meinung ist vor allem entgegenzuhalten, daß es wenig sinnvoll erschiene, wollte man der Vertragsfreiheit als einem Hauptpfeiler unseres freiheitsbezogenen Gemeinwesens den besonderen verfassungsrechtlichen Schutz vorenthalten. Zwar ist die Gefahr nicht zu übersehen, daß die in Art. 2 Abs. 1 GG sehr weit und unbestimmt gefaßte Garantie zunehmend dazu benutzt wird, für alles und jedes den grundrechtlichen Schutz zu übernehmen; einer ausufernden Auslegung müssen daher grundsätzlich Schranken gezogen werden.⁸⁸⁾

Dennoch ergibt hier schon eine Auslegung des Verfassungswortlauts, daß Art. 2 Abs. 1 GG auch die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung im allgemeinen, und die Vertragsfreiheit im besonderen umfaßt. Denn es wäre unzulässig, den Begriff der "freien Entfaltung der Persönlichkeit" aufzuspalten in einen geistig-sittlichen Bereich einerseits und in einen ökonomischen Bereich andererseits, und nur den ersteren dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG zu unterstellen.⁸⁹⁾

Nur eine solche Auslegung wird auch der Erkenntnis gerecht, daß in unserer Staats- und Gesellschaftsordnung die Verwirklichung der Persönlichkeit sich auch und geradezu überwiegend auf ökonomischem Gebiete vollzieht.

85) Vgl. Nipperdey WuW 54, 217; Stichroth NJW 55, 1699; Huber DöV 56, 138; Dürig, in Festschrift für Nawiasky, 1956, S. 159, 168; Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Festschrift für Heinrich Lehmann, 1. Band S. 145 ff; Biedenkopf BB 56, 473 f; Raiser JZ, 58, 4, der allerdings inzwischen von dieser Meinung wieder abgerückt ist, vgl. in: Grundgesetz und Privatrechtsordnung, 1966, B 18.

86) Oder die Freiheit, vermögensrechtliche Verfügungsgeschäfte (durch Art. 14 GG), Arbeits- und Dienstverträge (Art. 12 GG) oder Eheverträge (Art. 6 Abs. 1 GG) abzuschließen; vgl. auch Maunz-Dürig a. a. O. Art. 2 Anm. 53.

87) Vgl. BVerfGE 6, 32 ff; BVerwGE 1, 323; 2, 115; 3, 304; 4, 336; BAG NJW 57, 1688.

88) Vgl. Raiser JZ, 58, 4; Bachof DöV 54, 352.

89) Überzeugend: BVerfGE 6, 32 ff, 36.

Da im vorliegenden Falle auch keines der speziellen Freiheitsgrundrechte einschlägig ist, bestimmt sich die verfassungsrechtliche Beurteilung an Art. 2 Abs. 1 GG.⁹⁰⁾

- 4.9.2. Entscheidend kommt es insoweit auf Ermächtigung und Schranken an, die der Gesetzgeber bei einer Begrenzung der Vertragsfreiheit zu beachten hat. Neben dem unmittelbaren Verfassungsvorbehalt, der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG, sind dem Gesetzgeber letzte Schranken gezogen durch Art. 19 Abs. 2 GG, der die Vertragsfreiheit in ihrem Wesensgehalt zu schützen bestimmt ist.⁹¹⁾

Zunächst maßgeblich ist hier der Begriff der "verfassungsmäßigen Ordnung" des Art. 2 Abs. 1 GG. Das bedeutet, daß der Gesetzgeber die Vertragsfreiheit einzuschränken berechtigt ist, soweit die einschränkende Regelung sich noch im Rahmen der "verfassungsmäßigen Ordnung" im Sinne dieser Grundrechtsbestimmung bewegt.

Die Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs war langezeit heftig umstritten.⁹²⁾ Eine Darstellung und kritische Würdigung dieses Meinungsstreits kann jedoch hier unterbleiben, da jedenfalls unbestritten ist, daß wesentlicher Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung i. S. d. Art. 2 Abs. 1 GG die Sozialentscheidung des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG), das Sozialstaatsprinzip ist.⁹³⁾ Auf das Sozialstaatsprinzip aber muß eine

90) Vgl. Laufke a. a. O. S. 145 ff. Die Stimmen in der Literatur, die die verfassungsrechtliche Absicherung der Vertragsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG ablehnen, kommen folgerichtig auch zu anderen Schranken für dieses Rechtsinstitut, vgl. Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, 1966, B 18; Schmidt-Salzer NJW 70, 10 ff, insbesondere 15; Flume a. a. O. § 1, 10 a.

91) Vgl. Maunz-Dürig a. a. O. Art. 2 Anm. 31.

92) Ausgangspunkt war die Entscheidung BVerfG 6, 32 ff (Elfes-Urteil), in der das Gericht eine äußerst extensive Deutung dieses Begriffs vornahm, indem es ihm jede formell und materiell der Verfassung entsprechende Rechtsnorm unterstellte. Einen ausführlichen Überblick über die dagegen in der Literatur vertretenen, unterschiedlichsten Auslegungen gibt E. R. Huber DöV 56, 97 ff, 135 ff, 172 ff, 200 ff.

93) Vgl. Laufke a. a. O. S. 179; Maunz-Dürig a. a. O. Art. 2 Abs. 1 Anm. 24; Scheuner DöV 56, 70; E. R. Huber DöV 56, 202; Gerber AöR 81, 40; Bachof VVDStRL 12, S. 42; Hamann BB 57, 344 (Fußnote 12); Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 15 II, 2 c; BVerfGE 1, 105; 8, 329; 6, 41; 14, 282; 18, 327; 29, 266/267; BVerwGE 3, 304; BAG BB 54, 1061 f.

Regelung gestützt werden, die - wie hier - eine staatliche Kontrolle anordnet zur Abhilfe sozialer Mißstände.

Ebenfalls unbeachtlich im Rahmen der vorliegenden Erörterungen ist die Streitfrage wie das Sozialstaatsprinzip rechtlich zu qualifizieren ist;⁹⁴⁾ führt man die breite Skala des hierzu bestehenden Meinungsspektrums⁹⁵⁾ auf die wesentlichen Grundpositionen zurück, so geht es hier entscheidend darum, ob das Sozialstaatsprinzip lediglich ein Programmsatz⁹⁶⁾ oder aber ein unmittelbar verbindlicher Rechtssatz ist.⁹⁷⁾

Über diesem Meinungsstreit steht aber die einhellig gebilligte und im Rahmen der vorliegenden Ausführungen maßgebliche Rechtsansicht, daß das Sozialstaatsprinzip jedenfalls Auftrag und Ermächtigung für den Gesetzgeber zum Erlaß sozial gerechter Gesetze ist.⁹⁸⁾

So führt auch das Bundesverfassungsgericht⁹⁹⁾ aus, daß es im wesentlichen dem Gesetzgeber obliege, das Sozialstaatsprinzip inhaltlich auszuformen und damit zugleich die Vertragsfreiheit zu konkretisieren und zu beschränken. Die verfassungsrechtlichen Schranken, die dem Gesetzgeber bei solcher Realisierung des Sozialstaatsprinzips gezogen werden, sind weit. Sie bestehen vornehmlich im Gleichheitsgrundsatz und im Verhältnismäßigkeitsprinzip als besonderen Ausprägungen der Verfassungsidee des sozialen Rechtsstaats.¹⁰⁰⁾

Dabei ist einerseits davon auszugehen, daß der Gesetzgeber im sozial- und gesellschaftspolitischen Raum einen weiten Spielraum zur freien Gestaltung besitzt,¹⁰¹⁾ daß sich insbesondere die staatliche Gestaltungskompetenz nicht

94) Vgl. dazu vor allem Chr.F. Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, 1953.

95) Naumann VVDStRL 12, 114 "bloße Deklamation"; Grewe DRZ 49, 351 "substanzloser Blankettbegriff"; Laufke a.a.O. S. 184 "materiell-rechtliches Leitprinzip".

96) Vgl. Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Art. 20 II d.

97) Vgl. Huber DöV 56, 200; Krüger BB 53, 566; Krause BB 55, 268; Laufke a.a.O. S. 184. Das BVerfG setzt den Rechtssatzcharakter des Sozialstaatsprinzips als selbstverständlich voraus, vgl. BVerfGE 6, 32 ff; 8, 329.

98) Kommentar zum Bonner Grundgesetz Art. 20 II d; Ipsen VVDStRL 10 (1952) S. 74; Laufke a.a.O. S. 179; Forsthooff BB 53, 421; Prost BB 55, 1034; Huber DöV 56, 201.

99) BVerfGE 1, 105; 8, 329.

100) Vgl. Badura AöR 92 (1967) S. 383 ff (396).

101) Vgl. BVerfGE 12, 356; BVerfG NJW 71, 366.

bloß auf "marktkonforme Mittel" beschränkt.¹⁰²⁾ Andererseits ist ein angemessener Spielraum zur Entfaltung der unternehmerischen Initiative unantastbar.¹⁰³⁾ Für die Frage der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit kommt es immer auch entscheidend darauf an, daß der Gesetzgeber das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz der Freiheit des einzelnen und den Anforderungen einer sozialstaatlichen Ordnung in vertretbarer Weise löst.¹⁰⁴⁾ Diese Interessenabwägung zwischen dem Freiheitsanspruch des Bürgers und dem, die gesetzliche Regelung tragenden Allgemeininteresse muß jeweils unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls vorgenommen werden.¹⁰⁵⁾

4.9.3. Mißt man zunächst einmal eine bloße AGB-Genehmigungspflicht, also ohne gleichzeitigen Zwang zur Verwendung brancheneinheitlicher AGB, an den aufgezeigten, zu Art. 2 Abs. 1 GG entwickelten Grundsätzen, so kommt es entscheidend auf zwei Probleme an:

Ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt und - damit eng zusammenhängend - ist die getroffene Interessenabwägung vertretbar? Dabei besagt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, daß gewähltes Mittel und gewollter Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen müssen.¹⁰⁶⁾

Ein an diesen Kriterien gemessener staatlicher AGB-Genehmigungsvorbehalt wäre verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden:¹⁰⁷⁾

Da Allgemeine Geschäftsbedingungen erfahrungsgemäß inhaltlich sehr einseitig, oft sogar rechtsmißbräuchlich ausgestaltet sind, diese Praxis zu einem sozialen Mißstand erheblichen Ausmaßes geführt hat,¹⁰⁸⁾ ist - wie die rechtspolitische Bestandsaufnahme gezeigt hat - eine irgendgeartete staatliche Aufsicht zum Schutze des Verbrauchers unumgänglich geworden.

Inwieweit dabei der Gesetzgeber eine bloße Aufsicht bzw. eine Anzeigepflicht für ausreichend oder eine präventive Genehmigungspflicht für not-

102) BVerfGE 4, 18; Vgl. auch Dürig AöR 79, 257.

103) Vgl. BVerfGE 29, 266/267.

104) Vgl. BVerfGE 10, 370 f; 20, 155 ff; BVerfG NJW 71, 366.

105) Vgl. BVerfG NJW 71, 366.

106) Vgl. BVerfGE 10, 117.

107) Anders aber Hurst a. a. O. S. 140: "Daß ein solches (Genehmigungs-) Verfahren heute nicht mehr zulässig ist, folgt aus den Wertungen des Grundgesetzes".

108) Vgl. dazu ausführlich oben Kapitel III.

wendig erachtet,¹⁰⁹⁾ muß grundsätzlich seinem gesetzgeberischen Ermessen vorbehalten bleiben.¹¹⁰⁾ Jedenfalls stellt die Errichtung einer generellen Präventivkontrolle keine Verletzung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit dar, zumal jedem Unternehmer die Vertragsfreiheit in Form der Abschlußfreiheit voll erhalten bleibt und auch hinsichtlich der Gestaltungsfreiheit dann keine besondere staatliche Kontrolle erfolgt, sofern der Unternehmer sich der Individualvereinbarung bedient.¹¹¹⁾

Auf einem anderen Blatt steht die Frage, ob eine solche Genehmigungspflicht für einen wirtschaftlich derart bedeutsamen Bereich rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen in unser derzeitiges Zivilrechtsgefüge "passt".¹¹²⁾ Dies betrifft weniger die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer AGB-Präventivkontrolle, wohl aber deren politisch-parlamentarische Durchsetzbarkeit. Insoweit soll auch im Rahmen der vorliegenden Arbeit die Feststellung nicht unerwähnt bleiben, daß angesichts der derzeitigen und auch in weiterer Zukunft zu erwartenden "politischen Landschaft" wie auch in Anbetracht des großen Einflusses der Wirtschaftslobby schon eine bloße staatliche AGB-Genehmigungspflicht kaum verwirklichtbar erscheint.

4. 9. 4. Soweit die Wirtschaft nach dem Vorschlag v. Hippel's zudem zwingend gehalten wäre, die von ihrem jeweiligen Interessenverband ausgearbeiteten Formularbedingungen zu verwenden, kommen zu den politischen Vorbehalten nunmehr auch gewichtige verfassungsrechtliche Bedenken hinzu.

109) Daß bei einer Genehmigungspflicht die erstmalige Verwendung von AGB sich wegen des Prüfungsverfahrens oder sogar wegen des anschließenden Rechtsstreits um einige Zeit verzögern kann, ist verfassungsrechtlich in aller Regel unbeachtlich, vgl. BVerfGE 2, 280.

110) Vgl. BVerfGE 20, 155 ff (161).

111) Für die ähnlichen und zum Teil noch weitergehenden Befugnisse des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen nach dem Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen (VAG) vom 6. 6. 1931 hat das BVerwG inzidenter entschieden, daß sie verfassungsrechtlich, insbesondere hinsichtlich Art. 2 Abs. 1 GG unbedenklich seien, vgl. VerBAV 56, 185.

112) Bedenken in dieser Richtung werden z. B. im bayerischen Justizministerium erhoben, vgl. die Berichte in der Süddeutschen Zeitung v. 24. 5. 72, Wirtschaftsteil und vom 16. 2. 73 S. 27.

Eine solche gesetzliche Regelung ist wiederum an Art. 2 Abs. 1 GG sowie an Art. 9 Abs. 3 GG zu messen.

- Im Hinblick auf **Art. 2 Abs. 1 GG** sind problematisch die Vereinbarkeit dieser Lösung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie die Angemessenheit der getroffenen Interessenabwägung. Dabei ist besonders zu berücksichtigen, daß mit zunehmender Intensität des gesetzgeberischen Eingriffs auch die zur Rechtfertigung vorgebrachten Gründe entsprechend sorgfältiger abgewogen werden müssen.¹¹³⁾

Zwar würde eine solche Lösung sich in unmittelbarer Nähe des durch Art. 19 Abs. 2 GG garantierten unantastbaren Kernbereichs der Vertragsfreiheit bewegen: denn dem einzelnen Unternehmer bliebe nurmehr ein minimaler Restbestand der Einflußnahme auf die Gestaltung seiner AGB, indem er nämlich seinem Wirtschaftsverband beitreten und nach seinen Vorstellungen die Ausformung der Branchen-AGB zu beeinflussen versuchen müßte. Andererseits aber verbliebe ihm doch noch ein hinreichender Spielraum selbstverantwortlicher Unternehmerinitiative auch im Bereich der Vertragsfreiheit, da diese sowohl im Rechtsverkehr mit anderen Unternehmern als auch im rechtsgeschäftlichen Konnex mit Verbrauchern - soweit es sich dabei um individuelle Verträge handelt - überhaupt nicht angetastet würde.

Auch soweit der Zwang zur Verwendung brancheneinheitlicher AGB mit der Gefahr eines sonst zu umfangreichen Verwaltungsapparates und letztlich mit den damit zusammenhängenden erheblichen finanziellen Problemen begründet wird, ist dies im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG nicht zu beanstanden. Die wirtschaftspolitische Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers umfaßt grundsätzlich auch die Freiheit, Schwierigkeiten der praktischen Durchführbarkeit sowie finanzielle Gesichtspunkte mit zu berücksichtigen.¹¹⁴⁾ Dies wird in aller Regel sogar geboten sein.

- Verfassungsrechtlich bedenklich, rechtspolitisch teilweise sogar verfehlt wäre jedoch eine uneingeschränkte Bindung der Unternehmer an die AGB ihres Wirtschaftsverbandes. Der dem rechtspolitischen Anliegen zugrundeliegende soziale Schutzzweck fordert nämlich nicht, dem einzelnen Unternehmer eine Abweichung zugunsten des Verbrauchers zu verbieten. Im Gegenteil, das Sozialstaatsprinzip würde es sogar gebieten, solche Abweichungen zuzulassen oder gar zu fördern.

113) Vgl. BVerfGE 20, 159.

114) Vgl. BVerfGE 3, 11; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961 S. 182.

Jedenfalls insoweit wird die Interessenabwägung zwischen dem Freiheitsanspruch der Wirtschaft und dem der gesetzlichen Regelung zugrundeliegenden Allgemeininteresse, da letzteres sogar entscheidend für die Möglichkeit des Abweichens zugunsten des sozial schwächeren Verbrauchers streitet, die vorbehaltlose Bindung an die brancheneinheitlichen AGB verfassungsrechtlich nicht zu stützen vermögen.

Selbst wenn man den unstreitig großen Spielraum ¹¹⁵⁾ gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit im wirtschaftlichen Bereich so weit fassen würde, daß auch diese ausnahmslose Bindung an Einheits-AGB dem Art. 2 Abs. 1 GG entspräche, so verblieben doch gewichtige rechtspolitische Bedenken. Warum sollte man den Wettbewerb - soweit er im Bereich der AGB überhaupt möglich ist und auch tatsächlich mitunter praktiziert wird, also vor allem bei Garantie- und Zahlungsbedingungen ¹¹⁶⁾ - gesetzlich unterbinden, warum sollte man dem einzelnen Unternehmer verbieten, in seinen Geschäftsbedingungen z. B. dem Kunden schon nach kürzerer Frist ein Rücktrittsrecht einzuräumen oder auch diesem die Möglichkeit des pauschalierten Schadensersatzes zu geben. Warum sollte man dem Unternehmer eine Verlängerung der brancheneinheitlich beschlossenen Garantiezeit qua Gesetz untersagen, obwohl er dies angesichts der Qualität seiner Ware für vertretbar hält und obwohl solches für den Kunden lediglich von Vorteil ist.

Auf diese Weise würde man hier in der Tat zu einer unangemessenen staatlichen Reglementierung gewichtiger Bereiche des Wirtschaftslebens gelangen.

Auf der anderen Seite ist aber auch nicht zu verkennen, daß die gebotene Abweichungsbefugnis zugunsten des Verbrauchers wiederum zu einer teilweisen Egalisierung der, durch die Reduzierung auf brancheneinheitliche AGB erlangten Vorteile führen würde. Denn die ganze Präventivkontrolle würde wieder unterlaufen, wenn man die (angeblich) verbraucherfreundlichen Abänderungen nicht ebenfalls dem Genehmigungszwang unterzöge. Sinn und Zweck dieses Genehmigungsverfahrens gingen dahin zu überprüfen, ob die Abweichungen tatsächlich zu Gunsten des Vertragspartners gehen, ob insbesondere nicht nur eine scheinbare Besserstellung vorgetäuscht wird. Die Konsequenz aber wäre, daß die Zahl zu genehmigender AGB wieder - möglicherweise erheblich - anstiege, mithin der benötigte Verwaltungsapparat umfangreicher, und mit ihm das Finanzierungsproblem größer würden.

- Des weiteren muß dieser Vorschlag v. Hippel's an Art. 9 Abs. 3 GG ge-

115) Vgl. dazu eingehend Badura AÖR 92, 383 ff.

116) Vgl. ausführlich oben Kapitel V Ziffer 3.

messen werden.

Dieses Grundrecht gewährleistet neben der positiven auch die negative Koalitionsfreiheit, d. h. die Freiheit einer privatrechtlichen Koalition fernzubleiben.¹¹⁷⁾

Soweit es sich - wie hier - um eine Einschränkung durch den Gesetzgeber handelt, sind diesem nur weite Grenzen gezogen: es ist ihm einmal untersagt, den Wesensgehalt dieses Grundrechts anzutasten, Art. 19 Abs. 2 GG,¹¹⁸⁾ und zum anderen darf er die Koalitionsfreiheit nicht aus sachwidrigen, nämlich nicht am Ordnungsziel des Art. 9 Abs. 3 GG orientierten Motiven einschränken.¹¹⁹⁾ Mit dem Zwang zur Verwendung brancheneinheitlicher AGB würde in die negative Koalitionsfreiheit der Unternehmer eingegriffen werden. Zwar wären diese damit nicht verbindlich gehalten, sich ihrem jeweiligen Wirtschaftsverband anzuschließen: die bloße Verwendung der Vertragsvordrucke setzt nicht die Mitgliedschaft in dem Interessenverband voraus.

Wohl aber würde auf die einzelnen Wirtschaftssubjekte indirekt ein sehr nachhaltiger Druck ausgeübt werden, ihren jeweiligen Verbandsorganisationen beizutreten;¹²⁰⁾ denn wenn die Möglichkeit, die AGB selbst zu formulieren, genommen ist, wird es ein gewichtiges und legitimes Anliegen der einzelnen Unternehmer sein, nunmehr wenigstens bei der Ausarbeitung bzw. Modifizierung der Branchenbedingungen mitzuwirken und Einfluß zu nehmen. Da eine solche Einflußnahme die Mitgliedschaft in dem Verband voraussetzt, ergibt sich von dort her eine Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit. Allerdings- und dies ist für die vorliegenden Erwägungen alleine maßgeblich - ist diese Beeinträchtigung nicht als so gravierend zu werten, daß etwa der Kernbereich der negativen Koalitionsfreiheit verletzt wäre.

117) Vgl. BVerfGE 20, 321/322; BAG, Großer Senat, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG; Biedenkopf JZ 61, 346; Maunz-Dürig a. a. O. Art. 9 Anm. 105; Müller Betr. 57, 718; Reichel Betr. 72, 2062.

118) Vgl. Wiedemann RdA 1969, 330; Reichel Betr. 72, 2063.

119) Vgl. BVerfGE 4, 108 f.; 18, 27; Maunz-Dürig Art. 9 Anm. 127.

120) Daß die große Masse der Unternehmer bereits jetzt Mitglieder ihrer Interessenverbände sind, kann an der rechtlichen Beurteilung nichts ändern; denn die negative Koalitionsfreiheit umfaßt auch das Recht, aus einer Koalition ohne Pressionen wieder austreten zu können, vgl. Reichel Betr. 72, 2062.

- Gewichtiger sind die Bedenken, die unter dem Gesichtspunkt zu erheben sind, daß die Koalitionsfreiheit nicht aus sachwidrigen Gründen eingeschränkt werden darf. Als sachwidrig sind solche Kriterien zu werten, die "nicht von der Sache selbst, also von der im allgemeinen Interesse liegenden Aufgabe der Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens gefordert sind".¹²¹⁾

Im vorliegenden Falle wäre die Einschränkung der Koalitionsfreiheit erklärtermaßen¹²²⁾ auf praktische Probleme einer AGB-Präventivkontrolle sowie auch auf finanzielle Schwierigkeiten zurückzuführen. Damit entsprängen gesetzgeberische Motivation und Zielsetzung nicht dem, durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Bereich der sozialen Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens, sondern vielmehr dem sachfremden Gebiet der Neugestaltung des Geschäftsbedingungswesens.

- 4.10. Zusammenfassend ist festzuhalten, daß gegen eine staatliche AGB-Präventivkontrolle keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen, sie aber politisch kaum durchsetzbar erscheint und vor allem praktische (Verwaltungsumfang) und finanzielle Erwägungen die allein sinnvolle generelle Genehmigungspflicht für Letztverbraucher-AGB undurchführbar erscheinen lassen.

Die von v. Hippel dagegen vorgeschlagene "Patentlösung" vermeidet zwar weitgehend diese praktischen und finanziellen Schwierigkeiten; sie aber stößt nunmehr auf verfassungsrechtliche Bedenken insbesondere aus Art. 9 Abs. 3 GG und läßt die Zweifel an der politischen Realisierbarkeit eher noch steigen.

5. Für die vereinzelt¹²³⁾ geforderte Staatsaufsicht mit Verbotsvorbehalt, für die es bereits in der Zeit des Nationalsozialismus praktische Beispiele gab,¹²⁴⁾ gelten ähnliche Erwägungen wie zur Präventivkontrolle. Allerdings sind zwei Einschränkungen geboten: ein Verbotsvorbehalt stellt im Verhältnis zum Genehmigungsvorbehalt einen minder gewichtigen Eingriff dar, da

121) BVerfGE 18, 27.

122) Vgl. v. Hippel ZRP 72, 110.

123) Vgl. Hildebrandt AcP 143, 329; zurückhaltend: Nastelski DRiZ 55, 214; in beschränktem Umfang auch Raiser a. a. O. S. 104, der jedoch auf dem Juristentag 1955 einer Staatsaufsicht wieder generell ablehnend gegenübertrat, vgl. in: Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 24. Neuerdings wieder: M. Reh binder, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, 1972, S. 39 ff.

124) Vgl. Haupt a. a. O. S. 214, der ein Beispiel aus dem Spinnstoffgesetz von 1935 anführt.

die Unternehmer zunächst einmal nicht gehindert sind, die von ihnen vorgesehenen AGB auch tatsächlich zu verwenden.

Daraus folgt aber gleichzeitig der Nachteil der ex-post-Kontrolle, daß der Schutz des Verbrauchers wieder möglicherweise erst sehr viel später einsetzt, obwohl auch hier - sofern man den verfassungsrechtlich bedenklichen und politisch kaum durchführbaren Vorschlag v. Hippel's ausscheidet - ein sehr umfangreicher Verwaltungsapparat geschaffen werden müßte. Immerhin aber stünde die Behörde hier nicht, wie bei einer Genehmigungspflicht, unter dem erheblichen Zeitdruck, der durch das verständliche Drängen der Unternehmer auf Genehmigung ihrer AGB bedingt wäre, und der dort die Gefahr der Fehlentscheidungen oder des vorzeitigen, unberechtigten Nachgebens der Behörde infolge Überlastung in sich birgt.

Nichtsdestotrotz bringt diese, in der Nachkriegszeit auch nur noch selten zur Diskussion gestellte Form der AGB-Kontrolle nicht den entscheidenden Durchbruch, der sie im Gegensatz zur Genehmigungspflicht vertretbar, und der vor allem auch die politische Realisierbarkeit im Bereich des Möglichen erscheinen ließe.

6. Aus jüngster Zeit datieren zwei Gesetzgebungsvorschläge von Unterorganisationen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands.
- 6.1. Dabei ist das rechtspolitische Programm ¹²⁵⁾ des Arbeitskreises Sozialdemokratischer Juristen (ASJ), Unterbezirk Hessen-Süd, noch zum Teil sehr vage gehalten.

Neben der Ausdehnung der Nichtigkeitsgründe für AGB auf den Fall, daß der AGB-Aufsteller "den vertraglichen Ausgleich der beteiligten Interessen einseitig und unbillig zu seinen Gunsten verschoben hat", sowie neben einem pauschalen Verbot von Gerichtsstandsvereinbarungen in AGB wird vor allem die Wirksamkeit der Vereinbarung von Geschäftsbedingungen von zwei Kriterien abhängig gemacht: Erstens müssen AGB einer zentralen Behörde vorgelegt und von dieser registriert werden und zweitens müssen die AGB auf einer gesonderten Urkunde von den Vertragsparteien unterschrieben sein. Zudem kann die Kontrollbehörde die vorgelegten AGB jederzeit - entweder auf Antrag oder von Amts wegen - für nichtig erklären.

Abweichend davon soll für "gleichmäßige, häufige und kurzlebige Verträge", wie etwa Beförderungs- und Bewachungsverträge eine Genehmigungspflicht geschaffen werden.

Dazu ist anzumerken, daß von dem zusätzlichen Formerfordernis der Un-

125) Vgl. ZRP 70, 190 f.

terschrift - wie bereits dargelegt ¹²⁶⁾ - keine spürbare Verbesserung der Rechtsstellung der Verbraucher zu erwarten ist.

Die Eingriffsbefugnisse hingegen stellen sich dar als eine Kombination aus partiellem Genehmigungsvorbehalt und generellem Verbotsvorbehalt; diese beiden Formen einer staatlichen AGB-Kontrolle sind aber aus den bereits dargelegten Gründen ¹²⁷⁾ abzulehnen.

- 6.2. Wesentlich detaillierter hingegen ist der "Entwurf eines Gesetzes über die Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen" der ASJ Südbayern. ¹²⁸⁾

Entscheidender Kern dieses Gesetzentwurfes ist ein genereller staatlicher Genehmigungsvorbehalt für alle AGB (§ 1 des Gesetzentwurfes). Genehmigungsbehörde ist eine neu zu gründende Bundesanstalt für Verbraucherschutz, deren Genehmigungskammern jeweils aus einem Vorsitzenden - der die Befähigung zum Richteramt haben muß - sowie zwei Beisitzern aus Verbraucherverbänden bzw. Wirtschaft bestehen, ¹²⁹⁾ §§ 7 - 9 des Entwurfes.

Anhörungs berechtigt in der regelmäßig mündlichen Verhandlung sind ein vom Bundestag zu bestellender Verbraucheranwalt sowie der Antragsteller, §§ 10, 13, 16 des Gesetzentwurfes. Sowohl diesen beiden Verfahrensbeteiligten als auch bestimmten Interessenverbänden steht gegen die Erteilung bzw. Versagung der Genehmigung das Rechtsmittel der Beschwerde zu, §§ 19, 20 und 22 des Entwurfs.

Eine kritische Würdigung der vielen Einzelpunkte dieses detaillierten Gesetzentwurfes wird bei der folgenden Ausarbeitung eines eigenen rechtspolitischen Konzepts vorzunehmen sein. Den Kernpunkt dieses Entwurfes stellt jedoch die generelle AGB-Genehmigungspflicht dar. Insoweit aber sind bereits die entscheidenden Bedenken ausführlich dargelegt worden.

Ein zusätzlicher, ganz spezifischer Mangel dieses Vorschlags ergibt sich noch daraus, daß die Präventivkontrolle sich auch auf die durch AGB gestalteten Rechtsbeziehungen zwischen Vollkaufleuten erstrecken soll. ¹³⁰⁾ Eine solche umfassende Genehmigungspflicht würde die bereits bestehenden rechtlichen, praktischen und politischen Bedenken weiter verstärken, zumal die Prämisse, daß auch Vollkaufleute der Knebelung ausgesetzt sein können, ¹³¹⁾ keines-

126) Vgl. oben Kapitel VI Ziffer 4.

127) Vgl. oben unter Ziffer 3 bis 5 dieses Kapitels.

128) Vgl. ZRP 72, 148 f sowie den Abdruck in Anlage I.

129) Vgl. insoweit die Parallele zur Zusammensetzung des israelischen Boards, siehe oben Kapitel IV Ziffer 7.

130) Vgl. die Erläuterung des Entwurfs von Gudian, ZRP 72, 148.

131) So aber Gudian ZRP 72, 148.

wegs zu generalisieren ist.

So erfreulich es ist, daß damit von politischer Seite ein erster, konkreter Denkanstoß in "Sachen AGB" gegeben worden ist,¹³²⁾ so kann doch zwar die allgemeine Tendenz, nicht aber das Konzept in seiner ganz konkreten Ausformung befürwortet werden.

132) Dieser Gesetzentwurf war bereits Gegenstand der Diskussion auf dem Rechtspolitischen Kongreß der SPD in Braunschweig (1972) und fand dort in seinen Grundzügen die Billigung der Mehrheit.

VIII. ERGEBNIS DER BESTANDSAUFNAHME UND DARAUS FOLGENDE LEITLINIEN FÜR EINE (NEU-) REGELUNG DES RECHTS DER ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

Sinn und Zweck dieses Kapitels ist eine kurze Zusammenfassung der aus der Bestandsaufnahme gewonnenen Erkenntnisse und der daraus gezogenen rechtspolitischen Schlußfolgerungen.

Darüberhinaus werden weitere essentielle Richtlinien herausgestellt, die bei der in den folgenden Kapiteln zu erarbeitenden Konzeption einer wirksamen und auch realisierbaren AGB-Kontrolle zu beachten sein werden.

1. An der unbeschränkten Weiterverwendung des Vertragstypus "Allgemeine Geschäftsbedingungen" führt kein Weg vorbei.
2. Die AGB haben jedoch durch inhaltlich einseitige Ausformung einen sozialen Mißstand erster Ordnung geschaffen; Hauptleidtragender ist die große Masse der regelmäßig sozial schwächeren Verbraucher.
3. Der bestehende Rechtsschutz ist absolut ungenügend. Soweit AGB überhaupt einmal rechtshängig werden, ist die zur Entscheidung berufene Rechtsprechung überfordert; insbesondere hat sie den ihr zustehenden Entscheidungsspielraum nahezu ausgeschöpft.
4. Für die unumgängliche Reform des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind gesetzgeberische Initiativen unverzichtbar.
 - 4.1. Angesichts der Komplexität und der großen Vielzahl zu regelnder Sachverhalte und in Anbetracht der erforderlichen grundlegenden Reform ist einer, allerdings in den wesentlichen Punkten gleichsam "gesetzlich erläuterten" AGB-Generalklausel der Vorzug zu geben. Diese Generalklausel sollte sich darauf beschränken, neue und engere Grenzen für die inhaltliche Ausgestaltung von Geschäftsbedingungen zu setzen.
 - 4.2. Daraus folgt zwingend die Notwendigkeit, das Prinzip der Vertragsfreiheit - soweit es Allgemeine Geschäftsbedingungen betrifft - einzuschränken.
5. Sofern AGB-Aufsteller sich dennoch nicht im Rahmen dieser engeren Inhaltsgrenzen halten, vermag auch diese Generalklausel dem Verbraucher nur in dem höchst seltenen Fall eines rechtskräftig abgeschlossenen Gerichtsverfahrens zu helfen; unberührt bliebe weiterhin die große Zahl der Fälle, da der Unternehmer mit Hilfe des quasigesetzlichen äußeren Scheins seiner AGB die auftretenden Leistungsstörungen bereits im vorprozessualen Stadium zu seinen Gunsten zu entscheiden vermag.

Hier liegt die eigentliche und größte soziale Problematik des Geschäftsbedingungswesens. Um insoweit zu einer effektiven Besserung zu gelangen, ist die Einschaltung einer staatlichen Kontrollinstanz erforderlich.

Sinn und Zweck einer solchen Kontrolle beruhen auf zwei tragenden Gründen: einerseits müssen unbillige AGB so frühzeitig wie möglich aus dem Verkehr gezogen werden und andererseits ist der Verbraucher dabei so weitgehend wie möglich des Prozeßrisikos zu entheben.

- 5.1. Eine staatliche AGB-Genehmigungspflicht erscheint zwar am erfolgversprechendsten, ist jedoch aus den dargestellten Gründen abzulehnen.
 - 5.2. Für die demnach zu konzipierende AGB-Verwaltungskontrolle gilt es in erster Linie, verfassungsrechtliche Bedenken zu meiden sowie dafür Sorge zu tragen, daß in verwaltungsorganisatorischer Hinsicht - sei es vom Behördenumfang, sei es von den Kosten her - eine vertretbare Lösung gefunden wird.
- Diese muß sich auch am Maßstab der politischen Realisierbarkeit orientieren und messen lassen.
- 5.3. Daraus folgt zugleich, daß ein Minimum an staatlicher Reglementierung bei dennoch ausreichender Effektivitätsprognose angestrebt werden muß.
 - 5.4. Unbeschadet dessen sollte das Schergewicht der AGB-Kontrolle bei der rechtsprechenden Gewalt verbleiben.
6. Das bedeutet, daß flankierende gerichtsorganisatorische Maßnahmen erforderlich sind. Auszugehen ist dabei von der Notwendigkeit, einer wie auch immer gearteten staatlichen AGB-Kontrolle - ähnlich wie im Kartellrecht, §§ 62 ff GWB - einen besonderen gerichtlichen Rechtsschutz nachzuordnen. Dabei wird es auch maßgeblich darauf ankommen, eine größere Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzustreben, wofür sich vornehmlich eine Konzentrierung dieser Rechtsprechung bei speziellen Spruchkörpern anbietet.
7. Überleitung: In den dargelegten Thesen ist bereits die Forderung enthalten, daß eine annähernd optimale AGB-Reform sich nicht einseitig auf nur eine Kontrollmaßnahme oder -richtung beschränken sollte. Vielmehr sollte sie - unter weitestgehender Ausscheidung der Nachteile und Berücksichtigung der Vorteile der unterschiedlichen Reformvorschläge - eine Kombination verschiedener Maßnahmen beinhalten. Danach sind drei Zielrichtungen zu unterscheiden:
- a. Wie muß die AGB-Generalklausel im einzelnen beschaffen sein?
 - b. In welcher Form und Funktion sollte der Staat in die AGB-Kontrolle eingeschaltet werden?
 - c. Welche gerichtsorganisatorischen Änderungen sollten - gewissermaßen als flankierende Maßnahmen - damit verbunden werden?

Wie bei jeder gesetzlichen Neuregelung stellt sich zunächst und sehr vordergründig die Frage nach dem genauen Wortlaut dieser Generalklausel. Hinter dieser Fragestellung aber verbirgt sich die eigentliche und inhaltliche Problematik, die sich hier auf zwei grundlegende Sachkomplexe konzentriert:

- a. Die primär entscheidende Frage geht dahin, inwieweit der Grundsatz der Vertragsfreiheit durch eine AGB-Generalklausel eingeschränkt werden sollte und eingeschränkt werden darf.
- b. Das zweite, kaum minder bedeutsame Problem besteht darin, den gesetzgeberischen Willen so weitgehend wie möglich zu präzisieren und zu konkretisieren; der Gefahr einer uferlosen Leerformel ist von vorneherein zu wehren.

1. Der Erörterung der Einschränkung der Vertragsfreiheit muß eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit diesem Freiheitspostulat vorausgehen. Insbesondere bedarf es der Darstellung der rechtspolitischen Hintergründe, die den Gesetzgeber seinerzeit zu diesem Votum veranlaßt haben, sowie der Beschreibung der Vertragsfreiheit, wie sie sich heute unter rechtssoziologischen Aspekten darbi~~e~~tet.

1.1. Die Vertragsfreiheit als wesentlicher Kern der zivilrechtlichen Privatautonomie ¹⁾ ist ungeschriebener Rechtssatz des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18.8.1896. Sie räumt den Wirtschaftssubjekten das Recht ein, rechtsgeschäftliche Vereinbarungen beliebigen Inhalts mit beliebigen Vertragspartnern und mit rechtsverbindlicher Wirkung zu treffen; ²⁾ die Grenzen der Vertragsfreiheit ergeben sich positivrechtlich vornehmlich aus den §§ 134, 138, 826 BGB.

Wie jede rechtliche Institution hat auch die Vertragsfreiheit ihren eigenen geschichtlichen Ort, ³⁾ ist sie untrennbar verknüpft mit den wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Analysen und Zielvorstellungen ihrer Entstehungszeit. ⁴⁾

Im 17. und 18. Jahrhundert wurde die Vertragsfreiheit getragen von der rationalen Naturrechtslehre, die vom selbstverantwortlichen, vernunftgemäß

1) Grundlegend: F. v. Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, 1936.

2) Vgl. Larenz a. a. O. § 5; Laufke a. a. O. S. 145 ff; Raiser JZ 58, 1.

3) Vgl. Hurst a. a. O. S. 98; Kollmar a. a. O. S. 119 f.

4) Eingehend zur Entwicklung der Vertragsfreiheit: Max Weber, Rechtssoziologie, 2. überarbeitete Auflage, 1967, S. 128 ff.

handelnden Menschen ausging. Darüberhinaus fanden im BGB maßgeblich die Ideen des politischen und wirtschaftlichen Liberalismus des 19. Jahrhunderts ihren Niederschlag. Man glaubte dem freien Spiel der Kräfte vertrauen zu können, erwartete bei weitestgehender Befreiung von sittlichen und wirtschaftlichen, vor allem aber von staatlichen Hemmnissen die erwünschte Steigerung des wirtschaftlichen Wohlstandes.⁵⁾ Auf diesem gesellschaftspolitischen Hintergrund wird verständlich, daß eine Erwähnung der Vertragsfreiheit *expressis verbis* unterbleiben konnte, da man sie als selbstverständlich voraussetzte.

Der BGB-Gesetzgeber ging davon aus, daß das selbstverantwortlich denkende und handelnde Privatrechtssubjekt am besten dazu in der Lage sei, die eigenen Interessen zu vertreten und zu wahren. Dementsprechend war den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches nur die Funktion beigegeben, für ausgewählte typische Rechtsverhältnisse einen billigen und gerechten Interessenausgleich vorzuschlagen, sowie den Rechtsgenossen für die Fälle, da sie einen Sachverhalt nicht vorbedacht hatten - in der Regel also Leistungsstörungen - eine an der Gerechtigkeitsidee orientierte Rechtsordnung zur Verfügung zu stellen.

Modellfall des rechtsgeschäftlichen Konnexes war damit das wechselseitige Aushandeln von Vor- und Nachteilen,⁶⁾ wobei das Streben der jeweiligen Partner nach größtem Eigennutz Garant dafür sein sollte, daß auch die vom dispositiven Recht abweichende Vereinbarung keine wesentliche Übervorteilung eines der Vertragspartner mit sich bringt.⁷⁾ Die wechselseitige Einwirkung auf die Vertragsgestaltung und die daraus folgende Bindung des privaten Strebens an die Zustimmung des, in der entgegengesetzten Richtung interessierten Vertragspartners sollte die materielle Richtigkeit der vereinbarten Interessen- und Risikenverteilung verbürgen.⁸⁾ Man vertraute auf diesen Vertragsautomatismus als Richtigkeitsgewähr des vertraglichen Handelns.⁹⁾

5) Vgl. Raiser JZ 58, 2.

6) Vgl. Hurst a. a. O. S. 116.

7) Vgl. Schmidt-Salzer NJW 67, 373; Hart NJW 66, 1205.

8) Schmidt-Salzer NJW 71, 1010: "Hemm- und Gleichgewichtsmechanismus" des Vertrages.

9) Vgl. Schmidt-Rimpler AcP 147, 130 ff, fortgeführt und modifiziert in: Festschrift für H. C. Nipperdey, 1955, S. 1 ff; Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung, 1958, S. 108; Zöllner FamRZ 65, 119; Hurst a. a. O. S. 114 ff; Schmidt-Salzer NJW 71, 1010.

Daraus folgt aber zugleich, daß der liberalistische BGB-Gesetzgeber noch vom Individualvertrag als Regelvertragstypus ausging.

Bei solchem Menschen- und Vertragsbild wird die Entscheidung des Gesetzgebers verständlich, den Parteiwillen als obersten Richtpunkt zu respektieren¹⁰⁾ und auch das von den Parteien Gewollte als rechtsverbindlich anzuerkennen. Diese vorgegebene Analyse¹¹⁾ vermag das seinerzeitige Votum des BGB-Gesetzgebers für Vertragsfreiheit und damit für grundsätzliche Abdingbarkeit des Privatrechts grundsätzlich zu rechtfertigen.

- 1.2. Zwischen Rechtswirklichkeit und formaler Rechtsordnung können sich jedoch ausgleichsbedürftige Divergenzen entwickeln,¹²⁾ die sogar soweit gehen können, daß Normen, die zur Zeit ihres Entstehens weitgehend berechtigt waren, "pervertieren müssen, sobald die sie hervorrufenden und tragenden Verhältnisse entscheidend sich verändern, ohne daß solcher Entwicklung durch eine entsprechende Veränderung auch der dazugehörigen Rechtssätze Rechnung getragen wurde".¹³⁾

Eine solche Perversion ist für die Vertragsfreiheit - jedenfalls soweit es den großen Komplex auf ihr fußender Geschäftsbedingungen betrifft - heute mit Sicherheit zu konstatieren.

Die wirtschaftliche Entwicklung des 20. Jahrhunderts hat eine grundlegende Fehlprognose des BGB-Gesetzgebers deutlich gemacht: während dieser noch jegliche Unfreiheit vom Staat her kommend wähnte und folgerichtig seinen Freiheitspostulaten eine deutliche Richtung gegen die Hoheitsgewalt erteilte, erfolgte der Angriff auf den privatrechtlichen Freiheitsspielraum in Wirklichkeit und zunächst relativ unbemerkt von Seiten privater Machthaber.

Zwei Faktoren haben diese Entwicklung ermöglicht und gefördert: zum einen haben sich die wirtschaftlichen Verhältnisse seit der Jahrhundertwende umwälzend geändert und zum anderen hat sich ein grundlegender Wandel vom einstmals vorherrschenden individuellen Vertragstypus zum einseitig diktierten Typus des vorformulierten Massenvertrags vollzogen.

Industrialisierung und Arbeitsteilung, Spezialisierung und der damit einhergehende Zwang zur Massenproduktion haben - nicht zuletzt in Verbindung mit einem unnachsichtigen Wettbewerb und Konkurrenzkampf - zur Konzen-

10) Raiser JZ 58, 2.

11) Ob sie seinerzeit zutreffend war oder nicht soll hier dahingestellt bleiben.

12) Vgl. Fechner, Rechtsphilosophie, 1956, S. 121 f.

13) Vgl. F. v. Hippel, Die Perversion von Rechtsordnungen, 1955, S. 125.

tration wirtschaftlicher Macht in den Händen weniger geführt.¹⁴⁾

Auf der anderen Seite befand sich zwar die große Schicht sozial unterprivilegierter "besitzloser Volksklassen"¹⁵⁾ schon bei Schaffung des BGB in strengen wirtschaftlichen Abhängigkeiten; die industrielle Entwicklung aber hat dazu geführt, daß nunmehr auch der Freiheitsraum der großen "staatstragenden" bürgerlichen Bevölkerungsgruppen, vor allem auch der ehemals selbständigen Kaufleute, Gewerbetreibenden und Handwerker, zusehends geschrumpft ist.¹⁶⁾ Während der einzelne früher in der Lage war, für seine Bedarfsdeckung im wesentlichen selbst zu sorgen, ist er heute in vielfältiger Form abhängig von den, das Massendasein organisierenden Apparaten und ihren anonymen Machthabern, deren Leistungen er in Anspruch nehmen muß.

Diese soziale Abhängigkeit findet auch ihren Niederschlag im vorherrschenden, einseitig gestalteten Massenvertrag, dessen Eigenheiten darüberhinaus eine über die wirtschaftlichen Abhängigkeiten hinausgehende Benachteiligung des Vertragspartners zulassen und geradezu herausfordern.¹⁷⁾ Während es aber der Allgemeinheit mehr oder weniger gleichgültig sein kann, wie weit Privatpersonen in ihren individuellen Verträgen vom Gesetzesrecht abweichen - sofern sie sich nur im Rahmen des zwingenden Rechts halten - so wird das Allgemeininteresse jedoch dann in seinem Kern berührt, wenn ein einzelner allgemeine Regeln für eine unbestimmte Zahl von Verträgen mit einer unbestimmten Zahl von Partnern aufstellt, wenn er sich also gesetzgeberische Funktionen anmaßt.

Dieser Vertragstypus ermöglicht es den Unternehmern, der Masse der Rechtsgenossen - in bewußter und konsequenter Ausnutzung ihrer Macht - bis ins Detail ihre Bedingungen zu diktieren, zu denen sie zu leisten bereit sind. Die an sich klare Garantie der Vertragsfreiheit nimmt damit bei soziologischer Betrachtung Formen an, die ihren ursprünglichen Sinn ins Gegenteil verkehren, während sich andererseits am rechtsdomatischen Begriff der Vertragsfreiheit nichts geändert hat.

14) Vgl. auch Kollmar a. a. O. S. 121.

15) Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 5. Auflage, 1932. Menger zeichnet gerade diese sozialen Aspekte in seiner sehr prononcierten Kritik an den Gesetzentwürfen zum BGB auf.

16) Vgl. Hurst a. a. O. S. 31.

17) Nach der wirtschaftswissenschaftlichen Analyse von Kliege, a. a. O. S. 19 ff, 139, wird die Einseitigkeit von AGB sogar noch mehr durch die AGB-spezifischen "Verheimlichungseffekte" als durch die unterschiedlichen wirtschaftlichen Machtpositionen ermöglicht.

Die Rechtsordnung nimmt vielmehr von den umwälzenden Veränderungen kaum Notiz; sie ignoriert, daß die Grundvoraussetzungen für die Gewährung der Vertragsfreiheit entfallen sind, mehr noch, daß die Vertragsfreiheit eben unter Berufung auf die Vertragsfreiheit ausgehöhlt und für die Masse der Rechtsgenossen zur Unfreiheit,¹⁸⁾ zur Freiheit auf Unterwerfung¹⁹⁾ degeneriert ist.

Umgekehrt läßt das Recht es ohne nennenswerten Widerstand zu, daß die Wirtschaft die Vertragsfreiheit zur Diktierfreiheit²⁰⁾ umzufunktionieren vermochte.

Indem somit das Aushandeln dem einseitigen Diktat gewichen ist, ist auch der Vertragsautomatismus als Richtigkeitsgewähr des vertraglichen Handelns²¹⁾ empfindlich gestört.²²⁾

18) Vgl. H. C. Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920, S. 3: "Im Namen der Vertragsfreiheit wird die Vertragsfreiheit sabotiert". Vgl. auch Th. Ramm, Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, Karlsruhe 1972, S. 39 und 73. Anderer Ansicht: Ott NJW 73, 297.

19) Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957, S. 553; ähnlich Fechner a. a. O. S. 274.

20) Hildebrandt AcP 143, 327; Koch DR 44, 168; Fischer BB 57, 483. Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, 3. Auflage, 1965, S. 98, zeichnet eine Sozialrealität auf, die gekennzeichnet ist durch eine Diktatfreiheit der sozial Mächtigen und eine Diktathörigkeit der sozial Ohnmächtigen. Ähnlich auch schon 1911 das LG München I, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung in Bayern 1911, S. 220: "Wenn der Berufungsführer sich auf das Recht der gesetzlich gewährten Vertragsfreiheit versteift, so muß demgegenüber betont werden, daß in solchen Fällen die Vertragsfreiheit auf Seiten der wirtschaftlich schwächeren Vertragspartner sich in der Regel darin erschöpft, daß sich dieselbe den ihr vom Vertragspartner diktierten Bedingungen zu fügen hat".

21) Diese Theorie vom Vertragsautomatismus als Richtigkeitsgewähr des vertraglichen Handelns wird abgelehnt von Roscher ZRP 72, 111 ff; Flume a. a. O. § 1, 6; Esser a. a. O. § 11 I. Ihnen ist insoweit zuzugeben, daß heute in der Tat der Vertragsautomatismus nicht nur, aber doch vor allem ein Machtmechanismus ist, bei dem also wirtschaftliche Macht und Gegenmacht die hauptsächlichen Ursachen für den vertraglichen Ausgleich sind. Das hindert jedoch nicht an der Feststellung, daß diese überkommene Theorie zutreffend die seinerzeitigen Vorstellungen des liberalen BGB-Gesetzgebers aufzeigt.

22) Vgl. Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 163, VI, 4; Schmidt-Salzer NJW

Er stimmt nur noch dort, wo annähernd gleichstarke Unternehmer paktieren²³⁾ oder z.B. im Arbeitsrecht, wo die rücksichtslose Ausbeutung die Arbeitnehmer zur Selbstorganisation und damit ebenfalls zur Balancierung der sozialen Kräfte zwang. Im allgemeinen Vertragsrecht ist jedoch mit dem regelmäßigen Fehlen einer Mitwirkung des Vertragspartners die Grundlage der Privatautonomie entfallen.

Der rechtstheoretischen Feststellung, daß die Vertragsfreiheit formell allen Rechtsgenossen garantiert ist, steht damit die an der sozialen Wirklichkeit orientierte Erkenntnis gegenüber, daß diese Grundfreiheit materiell nurmehr von einigen wenigen, auf Grund ihrer sozialen Macht dazu befähigten Rechtssubjekten wahrgenommen wird,²⁴⁾ die sie zudem rigoros für eigene Interessen ausnutzen und mißbrauchen.

Dieses im sozialen Rechtsstaat untragbare Spannungsverhältnis²⁵⁾ zwischen formeller und materieller Vertragsfreiheit assoziiert einen ebenso treffenden wie sozialkritischen Satz Fechner's: "Das Gesetz in seiner majestätischen Gleichheit verbietet den Armen wie den Reichen, vor den Kirchen zu betteln, Brot zu stehlen und unter den Brücken zu schlafen".²⁶⁾

Dieser Ausspruch macht für die vorliegende Problematik zumindest eines deutlich: jegliche formaljuristischen und rechtsdogmatischen Überlegungen, die an der Rechtsordnung unmittelbar nichts zu ändern vorhaben, bleiben theoretische Scheinhilfen und führen in der Sache selbst keinen Schritt weiter. Vielmehr muß es Aufgabe des Gesetzgebers im sozialen Rechtsstaat sein, gewichtige Unterschiede auch in der sozialen Ausgangsposition der Rechtsgenossen angemessen zu berücksichtigen.²⁷⁾

1. 3. Die dringliche rechtspolitische Forderung muß daher dahin gehen, das Recht den grundlegend veränderten soziologischen Verhältnissen wieder anzugleichen,²⁸⁾ dem Mißbrauch und der Ausbeutung im Namen der Vertragsfrei-

71, 173; Hurst a. a. O. S. 117; Krause BB 55, 268.

23) Vgl. auch Knieper ZRP 71, 66.

24) Vgl. Max Weber a. a. O. S. 454; ausführlich Hurst a. a. O. S. 96 ff; Fechner a. a. O. S. 206; Löwe BB 72, 188. Treffend weist Hurst, a. a. O. S. 96, darauf hin, daß das Dürfen erst in der tatsächlichen Beschaffenheit des faktischen Könnens den wahren Wert seines materiellen Gehalt offenbart.

25) Vgl. nunmehr auch: Reh binder, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, 1972, S. 5.

26) a. a. O. S. 10.

27) Vgl. Kollmar a. a. O. S. 135.

28) Vgl. Fechner a. a. O. S. 142; Raiser JZ 58, 1.

heit Einhaltung zu gebieten.

Der Weg dorthin kann nur ²⁹⁾ über eine gesetzliche Einschränkung des Prinzips der Vertragsfreiheit führen: ³⁰⁾ Im Rahmen der avisierten gesetzlichen Regelung ist solchen Unternehmern, die Allgemeine Geschäftsbedingungen aufstellen oder verwenden, die freie Dispositionsbefugnis hinsichtlich der Vorschriften des materiellen Privatrechts zu beschneiden. Es sind also Gegenkräfte im dispositiven Recht zu wecken, die den vormals mäßigenden Einfluß des Kundenwillens durch entsprechend gesteigerte Bindung der Dispositionsbefugnis an den Gerechtigkeitsgedanken des Gesetzes zu kompensieren geeignet sind. ³¹⁾ V. Brunn ³²⁾ hält solchen Bestrebungen entgegen, daß nahezu der gesamte mit dem Formularwesen verfolgte Zweck hinfällig wäre, wenn in AGB nicht in ganz der gleichen Weise vom dispositiven Recht abgewichen werden könne wie in Individualvereinbarungen.

29) Der zweite, zur Verfügung stehende Weg müßte auf eine Veränderung der tatsächlichen Gegebenheiten abzielen; da jedoch eine Abschaffung des Vertragstypus "Allgemeine Geschäftsbedingungen" nicht zur Diskussion steht, eine Selbstorganisation der Verbraucher zu gleichstarken sozialen Gegenspielern nach dem Vorbild des Arbeitsrechts unrealistisch erscheint, kann eine erfolversprechende Reform nur auf rechtlichem Gebiet in Angriff genommen werden.

30) Schon das Reichsgericht wies in einer frühen Entscheidung, RGZ 11, 110, resignierend auf das Fehlen einer gesetzlichen Einschränkung der Vertragsfreiheit hin.

31) Vgl. Krause BB 55, 268; Hurst a. a. O. S. 135.

32) Vgl. a. a. O. S. 62, ähnlich S. 94, 98. Zur Verdeutlichung der Position v. Bruns: Nicht nur daß er ein "starkes Vertrauen" der Rechtsgenossen zu den vorgedruckten Vertragsbedingungen glaubt feststellen zu können (a. a. O. S. 4), nicht nur daß er eine Gleichbehandlung von AGB und Einzelvereinbarungen fordert (a. a. O. S. 101); darüberhinaus verlangt er sogar noch vom Richter - zwar nicht expressis verbis, aber doch hinreichend deutlich (a. a. O. S. 59, 104 - 106, 140, 151) - eine besondere Vorsicht und Zurückhaltung bei der Nichtigerklärung von AGB. Er begründet dies vornehmlich mit dem Massencharakter dieser Verträge, sowie damit, daß das Urteil über die Angemessenheit solcher Vertragsklauseln "weit mehr eine unternehmerische oder wirtschaftslenkende, als eine richterliche Entscheidung" sei (a. a. O. S. 106). Unterstützend verweist er auf die Großzügigkeit der Wirtschaft, die es so streng, wie es in den Bedingungen stünde, gar nicht handhabe (a. a. O. S. 60) und daß es zudem bei den meisten Klauseln Fälle gäbe, die eigentlich nicht

Dem ist entgegenzuhalten, daß gerade v. Brunn die Verwendung des vorformulierten Massenvertrages allein mit der Notwendigkeit der Rationalisierung und der sachgerechten Spezialisierung des Vertragswesens, mit den Vorteilen der erleichterten Kalkulation und des erhöhten Rechtsfriedens begründet.³³⁾ Gerade diese Vorzüge jedoch blieben bei einer verstärkten Bindung des AGB-Aufstellers an das zivilrechtliche Ordnungsgefüge völlig unberührt, da sie alle auf dem unverändert beizubehaltenden Spezifikum "vorformulierter Massenvertrag" beruhen. Soweit die Unternehmer allerdings in Wirklichkeit zu dem durch AGB anzustrebenden Erfolg auch die unangemessen einseitige Interessenwahrnehmung zählen, die sie dem Vertragspartner in individuellem vertraglichem Aushandeln in dieser Form nicht würden aufzwingen können,³⁴⁾ so soll und wird diese Funktion des Massenvertrags in der Tat beschnitten werden. Hierin jedoch liegt eine Beeinträchtigung nicht schutzwürdiger Zwecke des Formularwesens, die sich vielmehr angesichts der sozialen Entwicklung gerade als notwendig erwiesen hat.

Letztlich ist in diesem Zusammenhang klarzustellen, daß entgegen der Ansicht von Kollmar³⁵⁾ eine solche Einschränkung der formellen und damit auch der materiellen Vertragsfreiheit auf Seiten der Unternehmer nicht automatisch zu einem Mehr an tatsächlicher Vertragsfreiheit auf Seiten der jeweiligen Vertragspartner führen wird. Solange man an der Zulässigkeit des einseitigen AGB-Diktats grundsätzlich festhält, vermögen stärkere Bindungen der AGB-Aufsteller allein zu einer Reduzierung mißbräuchlicher Ausnutzung der Vertragsfreiheit führen; nicht hingegen wird dadurch der unverändert vor die Alternative "take it or leave it"³⁶⁾ gestellte Verbraucher etwa freier in seinen rechtsgeschäftlichen Entfaltungsmöglichkeiten.

2. Wenn somit zwar die Notwendigkeit einer Beschränkung der Vertragsfreiheit unabweisbar feststeht, so muß man sich doch vor Erörterung der Frage, wie weit sie eingeschränkt werden sollte und darf, die rechtliche Verankerung der Vertragsfreiheit und die daraus sich ergebenden Schranken vor

so gemeint seien (Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages E 18). Wenn somit v. Brunn insgesamt sogar für eine nachsichtigere Kontrolle von AGB im Gegensatz zu Individualabreden plädiert, so bedarf dies nach den bisherigen Darlegungen keiner gesonderten Kommentierung und Widerlegung mehr.

33) Vgl. v. Brunn a. a. O. S. 25 ff.

34) Hurst, a. a. O. S. 123 ff, beleuchtet eingehend diesen Aspekt.

35) a. a. O. S. 123.

36) Emmerich JUS 72, 361.

Augen führen. Insoweit kann im wesentlichen auf die Ausführungen in Kapitel VII ³⁷⁾ zurückgegriffen werden.

- 2.1. Danach ist die Vertragsfreiheit grundsätzlich, d.h. soweit - wie auch hier - kein Spezialgrundrecht eingreift, durch Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistet. Ein die Vertragsfreiheit beschränkendes ³⁸⁾ Gesetz muß durch die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG gedeckt sein.
- Auch hier wiederum muß die gesetzliche Regelung als konkrete Ausformung des grundgesetzlichen Sozialstaatsgebots gewertet werden; dieses wiederum ist unstreitig Teil der verfassungsmäßigen Ordnung i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG ³⁹⁾ und jedenfalls Auftrag und Ermächtigung für den Gesetzgeber zum Erlass sozial gerechter Gesetze. ⁴⁰⁾ Dieser soziale Grundvorbehalt ⁴¹⁾ berechtigt und verpflichtet den Gesetzgeber, die sozial schwächeren Bürger zu schützen, sowie Rechtsordnung und Freiheitspostulate - orientiert am Maßstab der sozialen Gerechtigkeit - den jeweiligen politischen und gesellschaftlichen Erfordernissen anzupassen. ⁴²⁾
- 2.2. Welche Schranken aber ergeben sich daraus für den Gesetzgeber bei der Schaffung einer, die Vertragsfreiheit hinsichtlich AGB einschränkenden Generalklausel?

In erster Linie geht es darum, das in Art. 2 Abs. 1 GG angelegte Spannungsverhältnis zwischen freiheitlicher und sozialstaatlicher Grundrechtsverbürgung angemessen und unter Wahrung des jeweiligen Kernbereichs zu lösen. Dabei ist zunächst von der Erkenntnis auszugehen, daß die politische und die wirtschaftliche Ordnung eines Landes in engem Zusammenhang stehen und aufeinander abzustimmen sind. ⁴³⁾ Somit ergibt sich schon aus unserer freiheitlich demokratischen Rechtsordnung eine erste Schranke dahingehend,

37) Oben Kapitel VII Ziffer 4. 9.

38) Insoweit handelt es sich nicht um die nachträgliche Begrenzung eines vorgegebenen Freiheitsraums sondern um die Konkretisierung schon bestehender, in der Vertragsfreiheit angelegter Grenzen, vgl. Raiser JZ 58, 6.

39) Vgl. die Literaturhinweise oben S. 99, Fußnote 93.

40) Vgl. die Literaturhinweise oben S. 100, Fußnote 98.

41) E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1, 1953 S. 657.

42) Vgl. H. C. Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, Kartellrundschau, Heft 2, 1961, S. 37; Huber DöV 56, 200 ff; Laufke a. a. O. S. 184 ff.

43) Vgl. H. C. Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, Kartellrundschau, Heft 2, 1961, S. 16; Hurst a. a. O. S. 99; Schmidt-Salzer NJW 70, 14; 71, 5.

den freiheitsbezogenen Charakter des Vertragswesens grundsätzlich zu wahren.⁴⁴⁾

Diese Schranke wird verfassungsrechtlich abgesichert durch Art. 19 Abs. 2 GG, der das Grundrecht wie das Rechtsinstitut⁴⁵⁾ der Vertragsfreiheit in ihrem Wesensgehalt für unantastbar erklärt, die Respektierung eines originären vertraglichen Freiheitsbereiches garantiert.

Jegliche Beschränkungen der Vertragsfreiheit müssen demnach noch einen gewissen Freiheitsbereich übrig lassen, der noch den Namen Vertragsfreiheit verdient.⁴⁶⁾ Daraus folgt für die konkret vorliegende Frage, daß jedenfalls ein Verbot jeglichen Abweichens vom bürgerlichen Recht in AGB verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.⁴⁷⁾

Andererseits hat der Gesetzgeber, wie bereits dargelegt, im sozial- und gesellschaftspolitischen Bereich einen weiten Gestaltungs- und Ermessensspielraum.⁴⁸⁾ Eine Bindung erfährt er allerdings wieder durch das Verfassungsgebot der Erforderlichkeit des Eingriffs,⁴⁹⁾ mehr aber noch durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: die Freiheitsbeschränkung darf nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen, im konkreten Fall die Vertragsfreiheit der Unternehmer nicht unangemessen hart beeinträchtigen.⁵⁰⁾

Letztlich - und dies erscheint besonders wichtig - muß eine systemimmanente Reform das Freiheitsprinzip auch insoweit berücksichtigen, als allen Rechtsgenossen eine gewisse Ausnutzung ihrer intellektuellen oder wirtschaftlichen Macht nicht versagt werden darf;⁵¹⁾ eine wesentliche Triebfeder des rechtsgeschäftlichen Verkehrs ist der Eigennutz⁵²⁾ und er sollte es in maßvollen Grenzen auch bleiben.

Der zu schaffenden gesetzlichen Regelung kommt demgemäß vor allem die Funktion zu, dem Rechtsmißbrauch zu wehren und die Profitinteressen und

44) Ähnlich trotz unterschiedlichem Ausgangspunkt (vgl. oben S. 99 Fußnote 90) Schmidt-Salzer, NJW 70, 15; vgl. auch Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, 1966, B 17.

45) Vgl. Raiser JZ 58, 7.

46) Vgl. BVerfG NJW 69, 499.

47) Vgl. auch Schmidt-Salzer NJW 71, 1012.

48) BVerfG NJW 71, 366.

49) Vgl. Maunz-Dürig a. a. O. Art. 2 Abs. 1 GG, Anm. 63.

50) Vgl. Maunz-Dürig a. a. O. Art. 2 Abs. 1 GG, Anm. 63.

51) Vgl. schon RG JW 31, 2720.

52) Vgl. Schwimann, Die Institution der Geschäftsfähigkeit, 1965, S. 112 Fußnote 1.

korrespondierenden Ausbeutungstendenzen der Wirtschaft soweit zu beschneiden, wie es das Selbstverständnis eines sozialen und materiellen Rechtsstaats erfordert.

2. 3. Zusammenfassend: Der Bundesgesetzgeber, zuständig gem. Art. 74 Ziffer 1 GG, ist auf Grund des Sozialstaatsprinzips legitimiert und ermächtigt, den Mißbrauch der Vertragsfreiheit bei AGB zu unterbinden. Die hiernach zu konzipierende AGB-Generalklausel ist gehalten, einerseits die Vertragsfreiheit der AGB-Aufsteller zu beschränken, andererseits aber dabei den Wesensgehalt dieses Freiheitspostulats zu respektieren. Der verbleibende umfassende gesetzgeberische Ermessensspielraum muß sich vornehmlich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientieren.
- Unter Berücksichtigung der vorgegebenen verfassungsrechtlichen Schranken einerseits und unter weitestgehender Beachtung der aufgezeigten rechtspolitischen Forderungen andererseits ist die Gestaltung der gesetzlichen AGB-Regelung in Angriff zu nehmen.
3. Auszugehen ist dabei von der, durch die Instanzgerichte überwiegend ⁵³⁾ übernommenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Zivilsachen. Diese Rechtsprechung zeichnet sich, gerade im Hinblick auf die Rechtspraxis in vergleichbaren Staaten ⁵⁴⁾ dadurch aus, daß sie im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zur offenen inhaltlichen Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen übergegangen ist. Als "Wegweiser" für eine AGB-Generalklausel bietet sich diese Rechtspraxis durch die Parallelität der Ausgangspositionen an: hier ⁵⁵⁾ wie dort ⁵⁶⁾ wird auf die dispositiven Vorschriften des bürgerlichen Rechts als Maßstab für die Rechtsgültigkeit von AGB abgestellt, wird dem Gesetzesrecht eine Ordnungs- und Leitbildfunktion zuerkannt, die geeignet erscheint, AGB enger an die Gerechtigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers zu binden.
- Diese Rechtsprechung, die ihren Niederschlag in den verschiedensten Formulierungen gefunden hat, ⁵⁷⁾ rekuriert auf folgenden, inzwischen als gefestigt zu bezeichnenden Tenor:

53) Vgl. aber neuerdings LG Freiburg i. Br. JZ 73, 90 f.

54) Vgl. die rechtsvergleichende Darstellung, oben Kapitel IV.

55) Vgl. oben Ziffer 1.3. dieses Kapitels.

56) Vgl. z.B. BGHZ 13, 201; 22, 96; BGH JUS 64, 327.

57) Vgl. den umfassenden Katalog bei Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der NJW, Heft 11, 1971, Rz. 125.

"Soweit Vorschriften des dispositiven Rechts ihre Entstehung nicht nur Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern einem aus der Natur der Sache sich ergebenden Gerechtigkeitsgebot verdanken, müssen bei einer abweichenden Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen Gründe vorliegen, die für die von ihnen zu regelnden Fälle das dem dispositiven Recht zugrundeliegende Gerechtigkeitsgebot in Frage stellen und eine abweichende Regelung als mit Recht und Billigkeit vereinbar erscheinen lassen. Der Gerechtigkeitsgehalt der vom Gesetzgeber aufgestellten Dispositivnormen kann verschieden groß sein. Je stärker er ist, ein desto strengerer Maßstab muß an die Vereinbarkeit von Abweichungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem Grundsatz von Treu und Glauben angelegt werden".⁵⁸⁾ Insbesondere sind auch die Interessen der Vertragspartner angemessen zu berücksichtigen.⁵⁹⁾

Noch kürzer und prägnanter läßt sich diese Rechtsprechung auf die Formel reduzieren, daß formularmäßige Klauseln unwirksam sind, soweit von gerechtigkeitsorientierten Vorschriften des Privatrechts abgewichen wird, ohne daß ein sachlicher Grund dies rechtfertigt.⁶⁰⁾

Die in dieser Rechtsprechung angelegten Grundgedanken bedürfen in mehrerlei Hinsicht der Modifizierung und Konkretisierung.

4. Die vorrangige Frage geht dahin, ob das Privatrecht - soweit es die Aufstellung und Verwendung von AGB betrifft - grundsätzlich abdingbar und nur ausnahmsweise eine vom objektiven Recht abweichende Vertragsklausel unzulässig sein sollte, oder ob dieses Verhältnis von Regel und Ausnahme umgekehrt gestaltet sein sollte.⁶¹⁾ Dieser Punkt ist von entscheidender Bedeutung nicht nur für das Maß der Einschränkung, das die Vertragsfreiheit erfahren soll, sondern vor allem auch für die oft Streit- und prozeßentscheidende Frage der Beweislastverteilung.
- 4.1. Die Rechtsprechung könnte man auf den ersten Blick dahingehend verstehen, daß sie - soweit es den Bereich der Normen mit überwiegendem Gerechtig-

58) So wörtlich übereinstimmend BGHZ 41, 154 und 54, 109, 110.

59) BGH NJW 63, 1148.

60) Vgl. auch Helm JUS 65, 122; Baur DAR 62, 323; Enneccerus-Nipperdey a. a. O. 2. Halbband, § 163 VI, 4; W. Weber a. a. O. N 374; Schmidt-Salzer NJW 69, 718; ähnlich Brandt DRW 40, 84.

61) Von dieser grundsätzlichen Ausgangsfrage geht auch Mroch a. a. O. S. 37 aus.

keitsgehalt betrifft - vom Grundsatz der Bindung an das zivilrechtliche Ordnungsgefüge ausgeht und das Abweichen aus besonderen Sachzwängen nur als die Ausnahme betrachtet.⁶²⁾ Bei genauerer Analyse der Rspr. wird jedoch deutlich, daß sie auch bei AGB weiterhin von der Abdingbarkeit des Privatrechts als Regeltatbestand ausgeht;⁶³⁾ es wurde lediglich den ursprünglichen, sehr weiten Grenzen der §§ 138, 242, 826 BGB noch weitere Inhaltsschranken vorgelagert, die die rechtsgeschäftliche Dispositionsbefugnis gleichsam von außen her enger eingrenzen.

4. 2. Dies hindert jedoch nicht, diesen Regel-Ausnahme-Mechanismus de lege ferenda in Frage zu stellen.

Rechtspolitische Gesichtspunkte vor allem des erforderlichen Verbraucherschutzes streiten für die weitergehendere Lösung, bei AGB nur ausnahmsweise ein Abweichen von der Privatrechtsordnung zuzulassen. Jegliche engere Bindung für den einseitig diktierenden Unternehmer an die vom Gesetzgeber als billig und gerecht erachteten Zivilrechtsnormen führt zu der rechtspolitisch erwünschten, stärkeren Durchdringung der Geschäftsbedingungen mit der materiellen Gerechtigkeitsidee.

Eine solche Regelumkehr erscheint auch sachlich gerechtfertigt; denn wenn der AGB-Aufsteller sich schon die einseitige Vertragsgestaltung anmaßt, so muß er folgerichtig auch in der Lage sein darzulegen, warum er die vom Gesetzgeber als billig und gerecht empfundene Interessenverteilung zu seinen Gunsten abgeändert hat. Neben den primären Auswirkungen für den Vertragspartner, nämlich entscheidende Verbesserung seiner Rechtsstellung vor und vor allem im Prozeß, stünde ein weiterer positiver Nebeneffekt mit Sicherheit zu erwarten: der für die Formulierung verantwortliche Unternehmer oder Kautelarjurist wäre nunmehr wirklich gezwungen, das Für und Wider gesetzesabweichender Klauseln abzuwägen, die rechtsgeschäftsspezifischen Umstände zu analysieren und die daraus folgenden rechtlichen Notwendigkeiten zu begründen.

Damit wäre der unreflektierten Übernahme jahrzehntealter "bewährter" Freizeichnungs- oder sonstiger Klauseln, bzw. deren unbegründeter Über-

62) Vgl. die grundlegende Entscheidung BGHZ 41, 154: "Soweit Vorschriften ... Gerechtigkeitsgebot verdanken, müssen bei einer abweichenden Regelung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen Gründe vorliegen ..."

63) Vgl. z. B. BAG NJW 67, 751: "Bei allgemeinen Geschäftsbedingungen werden strengere Maßstäbe angelegt als bei einem echten Einzelvertrag". Vgl. auch BGH NJW 65, 246; BGH NJW 68, 1720; 69, 1664; OLG Hamburg NJW 68, 303.

nahme aus mehr oder weniger verwandten Branchen eine - durch sachliche Argumentation allerdings überwindbare - Sperre gesetzt.

Ausgangsbasis der rechtlichen Überlegungen der Kautelarjuristen müßte nunmehr das staatliche Recht sein, sie müßten sich schon über die Rechtfertigung des Haftungsausschlusses für leichte Fahrlässigkeit Gedanken machen, während bisher der Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit selbstverständliche Ausgangsbasis war und es nurmehr darum ging, ob die Freizeichnung auch für grobe Fahrlässigkeit, zumal leitender Angestellter, ⁶⁴⁾ noch "durchgehen" könnte. Insoweit klingt hier der Grundgedanke der Sphärentheorie an, der hier so zu formulieren wäre, daß dem AGB-Aufsteller die Beweislast für die Notwendigkeit vom Gesetz abweichender Regelungen deshalb aufzubürden ist, weil die dafür maßgeblichen Gründe - wie etwa die Besonderheiten der Leistung oder des betreffenden Wirtschaftszweiges; - seinem Verantwortungsbereich zuzurechnen sind. ⁶⁵⁾

Damit würde vom Unternehmer auch keineswegs Unbilliges verlangt, sondern vielmehr nicht mehr und nicht weniger, als sich angemessener und sachlich vertretbarer AGB zu bedienen. Wie weit er dabei seine eigennützigen Interessen berücksichtigen will, ist nunmehr mehr denn je sein Risiko. ⁶⁶⁾ Diese Risikoverteilung bzw. -verlagerung erfährt ihre sachliche Berechtigung dadurch, daß logischerweise denjenigen, der von einer vorgegebenen Normallage einseitig gestaltend abweicht, auch die Verantwortung für seine atypische Regelung treffen muß. Der Zwang zur Rechtfertigung der bisher einseitig selbstbegünstigenden AGB dürfte in vielen Fällen - mangels stichhaltiger Argumente - zu einer Selbstbescheidung dieser Gesetzgeber in eigener Sache führen.

Da aber einer solchen freiwilligen Einsicht durch die eigentlich dahinterstehenden massiven Profitinteressen doch sehr vage Grenzen gezogen sind, die Verantwortlichen weiterhin geneigt sein könnten, "es darauf ankommen zu lassen" und sich den Abschreckungseffekt ihrer AGB zu Nutzen zu machen, zeigt sich auch hier wieder die Notwendigkeit einer irgendearteten, möglichst präventiven staatlichen Kontrolle. Nur auf dem Wege einer solchen flankierenden Aufsichtsmaßnahme kann gerade eine, auf Beweislastumkehr setzende Gesetzgebung auch tatsächlich Wirkungen zeitigen: denn allein im konkreten Streitfall kommt es entscheidend auf die Frage der Beweislastverteilung an.

64) Vgl. dazu RGZ 102, 397; BGHZ 20, 167 f; 38, 185 f.

65) Ähnlich Hart NJW 66, 1206.

66) Vgl. Mroch a. a. O. S. 47.

4. 3. Wie aber steht das Zivilrecht zu einer solchen, rechtspolitisch wünschenswerten Umkehr des Regel-Ausnahme-Prinzips?

Vor allem stellt sich hier die Frage, ob sich aus der inneren Rechtfertigung der Disponibilität der Privatrechtsnormen auch Argumente für oder gegen eine Regelumkehr ergeben.

Der angeschnittene Themenkreis ist nahezu identisch mit dem bereits dargelegten Problem des bestehenden Spannungsverhältnisses zwischen formeller Vertragsfreiheit und sozialer Wirklichkeit,⁶⁷⁾ da zwischen Vertragsfreiheit und Abdingbarkeit des Privatrechts ein enger Zusammenhang besteht, genauer, daß letztere Befugnis eine zwangsläufige Folge des Bekenntnisses zur Vertragsfreiheit ist.

Es bleibt insoweit nur noch zu klären, ob der Grundsatz des dispositiven Rechts - abgesehen vom Sonderfall der AGB - dahingehend zu verstehen ist, daß die Privatrechtsordnung der uneingeschränkten Dispositionsbefugnis der Rechtsgenossen anheimgestellt ist, oder ob sich bereits immanente Einschränkungen aus dem Wesen der dispositiven Normen selbst ergeben.

Eine im Vorfeld der Schaffung des BGB überwiegend vertretene Lehre ging noch von der ungebundenen Befugnis der Rechtsgenossen aus, vom dispositiven Recht abweichen bzw. es außer Kraft setzen zu können.⁶⁸⁾

Ein solches Rechtsverständnis hat aber schon frühzeitig Widerspruch erfahren⁶⁹⁾ und kann erst recht heute - angesichts der zunehmenden, und durch die grundgesetzlichen Wertungen auch gebotenen Durchdringung unserer Rechtsordnung mit dem materiellen Rechtsstaatsprinzip - nicht mehr aufrechterhalten werden.⁷⁰⁾

Bülow⁷¹⁾ hat dies sehr dezidiert ausgedrückt: "Eine Rechtsordnung, die ihre eigene Abänderung in die Willkür der ihr Untergebenen stellt, würde sich selbst den Todesstoß versetzen ...". Das bedeutet, daß zum Wesen jeglichen Rechts seine verbindliche Kraft gehört. Auch den dispositiven Rechtsätzen wohnt eine ganz konkrete Ordnungsfunktion inne,⁷²⁾ die dort zum

67) Vgl. oben Kapitel IX Ziffer 1.

68) Vgl. J. T. B. Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, 5. Auflage, 1838 § 39.

69) Vgl. Bülow, AcP 64 (1881) S. 1 ff, insbesondere S. 40 ff.

70) Vgl. Brandt DRW 40, 78; Raiser a. a. O. S. 293; Hurst a. a. O. S. 131 ff; Roquette JW 38, 545 ff; Nipperdey DRZ 50, 193 ff; v. Caemmerer JZ 53, 99.

71) AcP 64, 43.

72) Vgl. Raiser a. a. O. S. 293; v. Caemmerer JZ 53, 97.

Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Wertungen dürfen von einzelnen Vertragspartnern nicht schlichtweg ignoriert werden.

Nunmehr gilt es lediglich, die im Wesen des dispositiven Rechts bereits angelegten und von der Rechtsprechung - soweit es ihre Kompetenzen zuließen - bei der Überprüfung von AGB auch schon konkretisierten Schranken in einem zweiten, gesetzgeberischen Schritt zu bestätigen und noch weiter fortzuentwickeln.

Es wird demnach nicht ein Fremdkörper in unsere Privatrechtsordnung eingebracht, sondern ein bereits bestehender, gesetzlicher Grundgedanke entsprechend den veränderten tatsächlichen Gegebenheiten modifiziert.

Ergibt sich aber letztlich nicht ein Widerspruch daraus, daß einerseits die Erforderlichkeit vom BGB abweichender Regeln - und damit die Verwendung der AGB überhaupt - auch mit der Antiquiertheit des Gesetzesrechts begründet wird,⁷³⁾ und daß andererseits diese Geschäftsbedingungen nunmehr wieder grundsätzlich an eben dieses "antiquierte" Privatrecht gebunden werden sollen?

Der aufgezeigte Widerspruch besteht nur scheinbar: Denn einmal ist der überwiegende Teil der Privatrechtsnormen keineswegs schon veraltet und wäre es auch vermessen, etwa das, heute in AGB zumeist abbedungene Haftungsgebot für fahrlässig verursachte Schäden bereits als generell antiquiert zu bezeichnen.

Zum anderen kommt der grundsätzlichen Bindung des AGB-Aufstellers an die Zivilrechtsordnung erklärtermaßen nur die Funktion zu, ihn anzuhalten, bei jeder einschlägigen Rechtsnorm jeweils eingehend zu prüfen, ob eine abweichende AGB-Gestaltung tatsächlich sachlich berechtigt ist. Insoweit besteht nur ein gradueller Unterschied zur derzeitigen AGB-Rechtsprechung, die ebenfalls dem dispositiven Gesetzesrecht eine Ordnungs- und Leitbildfunktion gegenüber AGB beimißt.

Damit bestehen aus der Sicht der Privatrechtsordnung keine Bedenken gegen diese Modifizierung.

4. 4. Gleiches gilt auch für die verfassungsrechtliche Beurteilung: die vorgeschlagene "Regelumkehr" wurde schon mit Blick auf die aufgezeigten grundgesetzlichen Schranken,⁷⁴⁾ insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, entwickelt und sie würde auch einer verfassungsrechtlichen Überprüfung mit Sicherheit standhalten: Denn auch eine solche gesetzliche Regelung übt keinen zwingenden Druck auf den Unternehmer aus, seine Ge-

73) Vgl. oben Kapitel I Ziffer 1. 5.

74) Vgl. oben Ziffer 2 dieses Kapitels.

schaftsbedingungen gemäß dem objektiven Privatrecht zu gestalten. Sachgerechten Abweichungen in AGB versagt die Rechtsordnung ebenso wenig ihre Anerkennung wie noch weitergehenderen individuellen Vertragsgestaltungen. Die Vertragsfreiheit in Form der Abschlußfreiheit bleibt den Unternehmern ebenso vollinhaltlich erhalten wie die Vertragsfreiheit in Form der Gestaltungsfreiheit, soweit es Individualvereinbarungen angeht.

Gerade auch durch diese, zwischen AGB und Individualabreden vorgenommene Abstufung wird dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Rechnung getragen, indem die verstärkte Bindung nur eben insoweit auferlegt wird, wie dies wegen der sozialen Mißstände geboten ist.

Darüberhinaus verbleibt dem Unternehmer - auch bei Verwendung von AGB - weiterhin das Recht einer maßvollen Ausnutzung seiner intellektuellen oder wirtschaftlichen Überlegenheit.

Dieser dem Eigennutzstreben verbliebene Spielraum manifestiert sich in zweierlei Hinsicht: einerseits ist es dem AGB-Aufsteller auch weiterhin unbenommen, seine Geschäftsbedingungen einseitig im voraus und ohne hemmenden Einfluß seiner zukünftigen Vertragspartner aufzustellen. Allein dieses Auswahl- und Gestaltungsermessen erlaubt eine gewisse Ausnutzung eigenütziger Ziele.

Wenngleich dieser Ermessensspielraum durch die grundsätzliche Bindung an den Gesetzesvorschlag stark eingeeengt ist, so ergibt sich doch andererseits aus der gesetzlichen Prioritätenverteilung wiederum eine freiere und damit bessere Rechtsstellung des AGB-Aufstellers. Denn wie die Rechtsprechung primär darauf abstellt, ob die Klausel vom Standpunkt des Unternehmers sachlich gerechtfertigt ist und nur sekundär danach fragt, ob eine insoweit sachlich gerechtfertigte Bedingung auch aus der Sicht des Vertragspartners vertretbar erscheint,⁷⁵⁾ so ist auch der AGB-Generalklausel diese Prioritätenverteilung zugrunde zu legen.

Dies folgt aus folgender Überlegung: naheliegend, vor allem aus sozialpolitischen Gründen, wäre eine zumindest gleichrangige Bewertung der Interessen von Unternehmer und Kunden. Diese Interessen aber stehen einander diametral gegenüber:⁷⁶⁾ Wie es z. B. seitens des Unternehmers sachlich begründet erscheint, die Gewährleistung für seine Leistung zu beschränken, die gesetzlichen Rücktrittsrechte des Vertragspartners zu beschneiden, so finden sich vom Standpunkt des Verbrauchers ebenso gut Argumente für eine Beibe-

75) Vgl. z. B. BGHZ 54, 109/110.

76) Vgl. Schmidt-Salzer NJW 71, 1013.

haltung oder gar Ausdehnung der gesetzlichen Gewährleistungs- bzw. Rücktrittsregeln.⁷⁷⁾ Erforderlich wäre demnach jeweils eine vollständige und gleichwertige Interessenabwägung, gleichsam eine Suche nach der einzig gerechten Vertragsgestaltung.

Nicht nur daß es illusorisch wäre, vom Unternehmer als einem "Gesetzgeber in eigener Sache" eine solche, notwendigerweise objektive und selbstlose Interessenabwägung zu verlangen; damit würde man zudem den AGB-Aufsteller genau denselben Bindungen und Verantwortungen unterwerfen wie den demokratisch legitimierten Gesetzgeber.

Das aber würde bedeuten, daß der Freiheitsraum der betroffenen Wirtschaft, daß die unternehmerischen Initiativen in der Tat weitestgehend eingeengt würden, daß der Verwendung des Massenvertrags jeglicher Anreiz genommen wäre. Eine solche Regelung käme einem AGB-Verbot auf "kaltem Wege" gleich.

Das bedeutet also, daß die erste und vorrangige Frage jeweils dahingeht, ob die Vertragsklausel auf einem sachlich berechtigten Interesse des Unternehmers beruht und daß die zweite und nachgeordnete Frage darauf abzielt, ob auch die berechtigten Interessen des Kunden angemessen berücksichtigt worden sind.⁷⁸⁾

Eine an diesen Kriterien ausgerichtete Bindung des AGB-Aufstellers an die Zivilrechtsordnung garantiert der Wirtschaft noch einen hinreichenden vertraglichen Gestaltungsspielraum und unterbindet auch nicht gänzlich die, im freiheitsorientierten Wirtschaftssystem bewußt in Kauf genommene Möglichkeit des Ausnutzens intellektueller oder sozialer Überlegenheit.

Verfassungsrechtlich steht der dargelegten Privatrechtsbindung des AGB-Aufstellers nichts im Wege.

4. 5. Ein letztes gilt es jedoch insoweit noch zu klären: es stellt sich nämlich die Frage, ob die avisierte Umkehr des Regel-Ausnahme-Prinzips für AGB ausnahmslos alle Privatrechtsnormen erfassen, oder aber - nach dem Beispiel der Rechtsprechung - sich auf die Normen mit überwiegendem Gerechtigkeitsgehalt beschränken sollte.

Schon aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erscheint allein der erste Weg einer generellen Lösung gangbar. Das maßgebliche Unterscheidungskriterium des "überwiegenden Gerechtigkeitsgehalts" von Privatrechtsnormen ist ein unbestimmter und auch nur schwer bestimmbarer Rechtsbegriff. Dies zeigt sich in aller Deutlichkeit bei kritischer Betrachtung der AGB-Rechtsprechung. Die Judikative

⁷⁷⁾ Ähnlich Knieper ZRP 71, 65.

⁷⁸⁾ Vgl. auch Schmidt-Salzer NJW 71, 1013.

glaubt, den maßgeblichen Gerechtigkeitsgehalt "aus der Natur der Sache" ermitteln zu können ⁷⁹⁾ und liefert damit das typische Beispiel einer unverbindlichen, nichtssagenden Leerformel.

Aber selbst wenn man die Rechtssätze mit überwiegendem Gerechtigkeitsgehalt näher präzisieren und konkretisieren würde, so bliebe doch das Problem, daß die Rechtsgenossen in einem Punkt von ganz entscheidender Bedeutung, nämlich bei der Frage, ob Rechtsvorschriften für sie grundsätzlich bindend sind oder nicht, auf Rechtsauslegungen teils schwierigster Art angewiesen wären. Wenn sich schon die Rechtsprechung insoweit auf unverbindliche Leerformeln zurückzieht, so kann es erst recht nicht den Rechtsgenossen, die mit diesen Gesetzen leben und die sich auf sie einstellen müssen, zugemutet werden, derartige diffizile rechtliche Erwägungen anzustellen.

Ebenso ist aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit eine weitere Spaltung in grundsätzlich abdingbare sowie in grundsätzlich bindende Rechtsnormen abzulehnen.

Dieses Ergebnis wird auch durch die folgende Überlegung gestützt:

Es ist davon auszugehen, daß alle zivilrechtlichen Normen einen - allerdings unterschiedlich großen - Gerechtigkeitsgehalt haben. ⁸⁰⁾ Auch solche Normen, die vordergründig betrachtet, aus Zweckmäßigkeitserwägungen veranlaßt sind, sind letzten Endes immer auch durch Gerechtigkeitsvorstellungen mitmotiviert, ⁸¹⁾ fügen sich ein in das gesetzgeberische Gesamtkonzept einer gerechten Zivilrechtsordnung.

So kann man beispielsweise die Vorschriften über die Quittung, §§ 368 ff BGB, primär unter dem Gesichtspunkt betrachten, daß der Gesetzgeber es als zweckmäßig erachtete, den mit befreiender Wirkung leistenden Schuldner durch die Quittung, die nichts weiter ist als das Bekenntnis einer Tatsache, ⁸²⁾ in seiner Beweisführung zu unterstützen. Dahinter steht aber auch der Gedanke, daß es rechtlich unbillig wäre, wenn ein Schuldner infolge Beweisschwierigkeiten gezwungen sein könnte, doppelt zu leisten. Ein solches zu verhindern, ist auch Sinn und Zweck der §§ 368 ff BGB.

Indem somit keine Zivilrechtsnormen ersichtlich sind, die ausschließlich aus Zweckmäßigkeitsgründen geschaffen sind, so erscheint es auch weder

79) Vgl. BGHZ 41, 154; 54, 109 f.

80) Die Rspr. scheint demgegenüber davon auszugehen, daß es auch Rechtssätze geben könne, die ihre Entstehung nur Zweckmäßigkeitserwägungen verdanken, vgl. BGHZ 41, 154; 54, 109.

81) Ähnlich auch Schmidt-Rimpler AcP 147 (1941) S. 132 f.

82) Vgl. Palandt, BGB Kommentar, 31. Auflage, 1972, § 368, 1.

unbillig noch übermäßig, das Regel-Ausnahme-Prinzip, soweit es die Verwendung von AGB betrifft, ganz generell umzukehren.

Um jedoch die inhaltliche Überprüfung von AGB vor allem auf die eigentlich bedeutsamen und gefährlichen Klauseln zu lenken und zu konzentrieren, empfiehlt es sich - in Anlehnung an die Praxis der Rechtsprechung und wie anschließend noch ausführlich darzulegen sein wird - das Erfordernis eines rechtfertigenden sachlichen Grundes qua Gesetz insbesondere dort zu verlangen, wo Normen mit überwiegendem Gerechtigkeitsgehalt modifiziert oder abbedungen werden.

6. Resumé: Wesentlicher Kern der zu schaffenden Generalklausel ist die grundsätzliche Bindung des AGB-Aufstellers an die Vorschriften des Privatrechts.

Abweichungen werden von der Rechtsordnung nur dann anerkannt, wenn ein vernünftiger Grund, eine *iusta causa*, dies rechtfertigt.⁸³⁾ Mroch⁸⁴⁾ der sich schon vor einem guten Jahrzehnt zu dieser Regel-Ausnahme-Umkehr bekannt hat, drückt dies treffend so aus: "Es heißt also fortan nicht mehr: Du, Unternehmer, darfst grundsätzlich alles abdingen, bis an die Grenze des Erträglichen, sondern: Du bist grundsätzlich ... auch an die dispositiven Vorschriften gebunden. Nur wenn die gesetzliche Regelung nicht auf die vorliegende Sachlage paßt, dann hast Du den vernünftigen Grund, sie im Rahmen des Billigenswerten abzuändern. Diesen Grund aber mußt Du im Streitfalle beweisen".⁸⁵⁾

Unbeschadet der, aus Gründen der Rechtssicherheit vorzugswürdigen generellen Bindung des AGB-Aufstellers an die zivilrechtlichen Vorschriften empfiehlt es sich - wie oben bereits angedeutet - einen sachlich rechtfertigenden Grund insbesondere dann zu verlangen, wenn Vorschriften mit überwiegendem Gerechtigkeitsgehalt durch AGB abgeändert oder abbedungen werden.

1. Dahinter steht einmal das Bestreben, die Rechtspraxis, vor allem auch die Rechtsprechung in besonderem Maße auf diejenigen Vertragsklauseln hinzuweisen, die als eigentlich gefährlich bzw. kontrollbedürftig zu erachten sind. Denn in aller Regel entstehen rechtlich unbillige, unangemessene Klauseln nur dort, wo Normen mit überwiegendem Gerechtigkeitsgehalt

83) Ähnlich, aber weniger präzise bereits Enneccerus-Nipperdey a. a. O., 1. Halbband, § 49 III; Hurst a. a. O., insbesondere S. 135 - 138.

84) a. a. O. S. 37 ff, 45 ff. Die von ihm abschließend vorgeschlagene AGB-Generalklausel (vgl. im Wortlaut oben S. 74 Fußnote 46) bleibt jedoch noch allzu vage in ihrer Formulierung.

85) Mroch a. a. O. S. 47.

modifiziert werden, wo also die Vorstellungen des Gesetzgebers von Recht und Billigkeit ohne hinreichende Motivation mißachtet werden. Bei den Rechtssätzen hingegen, die ihre Entstehung überwiegend Zweckmäßigkeitserwägungen verdanken, werden durch abweichende AGB-Gestaltung regelmäßig lediglich die Zweckmäßigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers durch solche des AGB-Aufstellers ergänzt oder ersetzt. Weder kann noch soll es aber heute wie auch in Zukunft Aufgabe der Rechtsprechung sein, Vertragsgestaltungen auf ihre Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen. Bei diesen AGB-Klauseln wird zudem nur in seltenen Fällen eine sachliche Unangemessenheit zu konstatieren sein, und zwar lediglich dann, wenn sie den, in vorwiegend zweckorientierten Vorschriften auch noch enthaltenen Gerechtigkeitsgehalt etwa völlig mißachten oder in sein Gegenteil verkehren.

- 5.2. Aus diesen Überlegungen folgt zugleich eine weitere bedeutsame Erkenntnis, die vorgeschlagene generelle Bindung des AGB-Aufstellers an die Privatrechtsnormen bei ausnahmsweise zulässiger Abweichung bedeutet keineswegs, daß diese Bindung bei allen zivilrechtlichen Vorschriften etwa gleichstark wäre. Vielmehr ist sie bei den einzelnen Vorschriften jeweils unterschiedlich stark ausgeprägt.

Maßgebliches Kriterium hierfür ist der, den einzelnen Rechtsnormen jeweils innewohnende, unterschiedlich große Gerechtigkeitsgehalt. Je mehr ein Rechtssatz demnach durch Gerechtigkeitsmaximen geprägt ist, desto höhere Anforderungen sind an eine sachlich gerechtfertigte Abdingung zu stellen.⁸⁶⁾

In dieser differenzierenden rechtlichen Betrachtung besteht wiederum Übereinstimmung mit der höchststrichterlichen Rechtsprechung.⁸⁷⁾ Insbesondere ist der zum maßgeblichen Kriterium erwählte Gerechtigkeitsgehalt der Rechtsvorschriften der allein zutreffende Ausgangspunkt. Denn wo es – wie hier – um die Bestimmung inhaltlicher Schranken für rechtsgeschäftliche Vereinbarungen geht, muß die Gerechtigkeitsidee den entsprechenden Maßstab liefern.

Damit aber kommt der eingangs statuierten Forderung, qua Gesetz einen sachlichen Rechtfertigungsgrund insbesondere dann zu verlangen, wenn Vorschriften mit überwiegendem Gerechtigkeitsgehalt abbedungen werden, neben der bereits dargelegten Warnfunktion nunmehr auch unmittelbar materiell-rechtliche Bedeutung zu. Denn damit wird die rechtlich relevante ge-

86) Diese Abstufung ist als Ausfluß des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu werten und auch zu billigen; vgl. auch Schmidt-Salzer NJW 71, 1013; OLG Hamburg MDR 67, 1006.

87) Vgl. BGHZ 22, 94; BGH NJW 64, 1123.

5.3.

gesetzgeberische Wertung deutlich, einen bestimmten Normenkomplex gegenüber vorgedruckten AGB in besonderem Maße bestandskräftig zu machen. Allerdings bleibt noch ein, bereits in ähnlichem Zusammenhang ⁸⁸⁾ dargelegtes gewichtiges Bedenken auszuräumen: Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit muß gesetzlich präzisiert werden, welchen Rechtsvorschriften jeweils ein überwiegender Gerechtigkeitsgehalt zukommt. Die Rspr. bedient sich insoweit, indem sie auf die "Natur der Sache" abstellt, einer abzulehnenden, unverbindlichen Scheinbegründung.

Bei dem Versuch, diesen Normen mit überwiegendem Gerechtigkeitsgehalt schärfere Konturen zu verleihen, bietet sich allerdings weniger der Weg einer definitiven Erfassung des maßgeblichen "Gerechtigkeitsgehaltes" an, der nur an die Stelle einer Leerformel mehrere andere unbestimmte Rechtsbegriffe treten lassen würde, als vielmehr die Erstellung eines Katalogs solcher Rechtsvorschriften, die sich durch einen besonderen Gerechtigkeitsgehalt auszeichnen.

Dieser zweite Weg ist hier vor allem auch deshalb vorzuziehen, weil es sich einerseits um einen noch überschaubaren Kreis einschlägiger Rechtsnormen handelt, andererseits aber zukünftigen Rechts(fort)entwicklungen dadurch Rechnung getragen werden kann, daß der Katalog nichtabschließenden Charakter erhält. Der Richter wird also somit nicht gehindert, eine nicht unter den zu erstellenden Katalog fallende Norm als ebenfalls überwiegend gerechtigkeitsmotiviert zu werten und dementsprechend strengere Anforderungen an die Rechtmäßigkeit einer Abdingung durch AGB zu stellen.

- In eine ähnliche Richtung zielen sowohl der Gesetzentwurf der ASJ Südbayern ⁸⁹⁾ als auch bereits bestehende gesetzliche Regeln in Italien ⁹⁰⁾ sowie in Israel. ⁹¹⁾ In § 4 des Gesetzentwurfes werden z. B. einige Rechtsbereiche beispielhaft aufgezählt, bei denen eine wirksame Vereinbarung nur unter besonderen Umständen in Betracht kommt (Beschränkung der Sachmängelhaftung, Beweislastumkehr, Aufrechnungsverbot und Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts). Demgegenüber verbietet § 5 des Entwurfes kategorisch die Regelung folgender Punkte in AGB: vom Gesetz abweichende Gerichtsstandsvereinbarungen, einen völligen Haftungsausschluß, ein einseitiges Rücktrittsrecht des AGB-Aufstellers sowie den Ausschluß der Wirksamkeit mündlicher Abreden.

88) Vgl. oben unter Ziffer 4.5. dieses Kapitels.

89) Vgl. ZRP 72, 148 f sowie die Abschrift in Anlage I.

90) Vgl. die Darstellung oben in Kapitel IV Ziffer 3.

91) Dazu ausführlich oben Kapitel IV Ziffer 7.

Keine besondere Inhaltskontrolle, sondern vielmehr nur ein zusätzliches Schriftformerfordernis statuiert Art. 1341 Abs. 2 des italienischen Codice civile (C. c.) für Haftungsbeschränkungen, Schieds- und Gerichtsstandsklauseln sowie für einige andere "lästige" ⁹²⁾ bzw. "gefährliche" ⁹³⁾ Klauseln. ⁹⁴⁾ Bedeutsam für die hier anstehenden Fragen ist Art. 1341 Abs. 2 C. c. jedoch wegen des in ihm enthaltenen, übrigens abschließenden ⁹⁵⁾ Katalogs "gefährlicher" Klauseln.

Noch gewichtiger ist das israelische Standard Contracts Law 5724 von 1964. ⁹⁶⁾

Auch dort ist ein Katalog suspekter Klauseln aufgestellt; der Board überprüft die freiwillig vorgelegten Klauseln daraufhin, ob sie unter diesen Katalog fallen und unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls angemessen sind. Die Auswahl dieses Katalogs - und hier zeigt sich die besondere Bedeutung für die anstehende Problematik - geht hauptsächlich zurück auf eine breit angelegte Untersuchung der verschiedensten, seinerzeit in Israel gebräuchlichen AGB durch die "Tedeschi-Kommission". ⁹⁷⁾

- Allerdings ist der grundsätzlich unterschiedliche Ausgangspunkt dieser ausländischen Rechtsvorschriften wie auch des Gesetzentwurfs der ASJ Südbayern zu beachten: während dort jeweils die gefährlichen, lästigen oder einschränkenden Vertragsklauseln selbst aufgeführt sind, geht es hier um die logische Vorfrage, nämlich Ermittlung der Zivilrechtsnormen, die wegen ihres besonderen Gerechtigkeitsgehaltes bei formularmäßiger Abdingung zu, für den Kunden gefährlichen Geschäftsbedingungsklauseln führen können.

Der Zusammenhang zwischen beiden Fragenkomplexen jedoch ist evident, da eine AGB-Klausel in aller Regel nur dann "gefährlich" sein wird, wenn sie von gerechtigkeitsorientierten Rechtsnormen abweicht.

Allerdings ist für die praktische Verwertung der vergleichbaren Rechtsvorschriften zu beachten, daß bei den dort niedergelegten gefährlichen Klauseln

92) Grebner NJW 71, 969.

93) Neumayer, in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Heft 41, 1968, S. 59.

94) In der italienischen Judikatur werden sie als "clausole onerose" bzw. als "clausole vessatorie" bezeichnet.

95) Vgl. Cass. 25.5.65, Foro Ital. 1965 I. 2078.

96) Ein Auszug der entscheidenden Gesetzespassagen in englischer Übersetzung findet sich in: Richterliche Kontrolle ... (vgl. Fußnote 93), Anhang S. 175 ff.

97) Vgl. Yadin in: Richterliche Kontrolle ... (Fußnote 93) S. 153.

seln jeweils danach gefragt werden muß, von welchen Zivilrechtsnormen sie abweichen.

- Vor Erstellung des Katalogs von Rechtssätzen mit überwiegendem Gerechtigkeitsgehalt ist letztlich noch zweierlei festzuhalten:

Zum einen kann es insoweit nicht nur um die Auflistung geschriebenen Rechts gehen: Rechtsätze des ungeschriebenen Rechts wie "pacta sunt servanda" oder die Haftungspflicht aus positiver Forderungsverletzung oder gar der im Zivilrecht nicht *expressis verbis* aufgeführte Grundsatz der Vertragsfreiheit können sich in eben demselben Maße durch eine besonders starke Orientierung an der Gerechtigkeitsidee auszeichnen und als dementsprechend bestandskräftiger gegenüber abweichenden Vertragsbedingungen zu werten sein. Geschriebenes wie ungeschriebenes Recht werden daher im folgenden gleichermaßen erfaßt.

Zum anderen ist zwar nicht zu verkennen, daß auch bei Normen mit überwiegendem Gerechtigkeitsgehalt dieser Gehalt und damit auch die Disponibilität dieser Norm unterschiedlich groß sein können.⁹⁸⁾

Andererseits aber würde eine dementsprechend gesetzlich vorgenommene Rangordnung zu unflexibel, zu detailliert und praktisch auch kaum verwirklicht sein. Insoweit verbleibt es Aufgabe der Rechtsprechung, die erforderlichen Differenzierungen selbst vorzunehmen.

5. 4. Bei der Auflistung solcher überwiegend gerechtigkeitsmotivierten Normen ist von der ganz allgemeinen These auszugehen, daß ein Rechtsatz dann nicht nur auf bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen beruht, wenn er erkennbar bestimmte rechtspolitische Schutz- und Ordnungsfunktionen erfüllt.⁹⁹⁾ Es ist also jeweils nach Sinn und **Zweck** der gesetzlichen Regelungen zu fragen, sowie festzustellen, inwieweit eine konkrete Rechtsgestaltung überwiegend geprägt ist vom Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit. Ein Blick auf die zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergangene Rechtsprechung¹⁰⁰⁾ macht deutlich, daß es immer wieder dieselben Klauseln

98) Vgl. auch die Rspr. BGHZ 41, 154; 54, 109/110.

99) Vgl. Schmidt-Salzer NJW 71, 1013.

100) Es würde zu weit führen, diese - zum Teil bereits an anderer Stelle erwähnte oder zitierte - Rechtsprechung hier im einzelnen darzustellen. Insoweit verweise ich auf die sehr umfangreichen Ausführungen W. Weber's, a. a. O. N 406 - 467, zu den Klauseln, die besonders häufig Gegenstand richterlicher Überprüfung waren. Hierzu zählt Weber Klauseln, in denen die Gewährleistung ausgeschlossen, Freizeichnungen vorgenommen, sowie Haftungserleichterungen und -beschränkungen eingeführt worden sind.

aus stets denselben Rechtsgebieten sind, die beanstandet und gegebenenfalls für nichtig erklärt wurden.

Ein vergleichbares Ergebnis ergibt sich bei näherer Betrachtung der bereits erwähnten Vorschriften des Art. 1341 Abs. 2 ital. C. c.¹⁰¹⁾ sowie des Abschnitts 15 des israelischen Standard Contracts Law:¹⁰²⁾ der gesetzliche Ka-

Ferner fallen hierunter Vertragsbedingungen über Aufrechnung, Ausschlußfristen, Eigentumsvorbehalt, Erfüllungsort, Gerichtsstand, Pfandrecht, Schiedsgerichtsvereinbarung, Sicherheitsleistung und Zurückbehaltungsrecht. Ähnlich ausführlich Schmidt-Salzer a. a. O. Rz 133 - 270.

101) Vgl. die deutsche Übersetzung oben in Kapitel IV, Ziffer 3 S. 52.

102) Hinsichtlich des hier interessierenden Abschnitts 15, der die Aufzählung der gefährlichen Klauseln (restrictive terms) enthält, ergibt sich - nach eigener Übersetzung - folgender deutscher Wortlaut:

Eine einschränkende Vertragsklausel ist eine Klausel, die

- I. jegliche vertragliche oder gesetzliche Haftung des Lieferanten gegenüber dem Kunden, die üblicherweise bestehen würde, ausschließt oder begrenzt; oder
- II. die den Lieferanten berechtigt, einseitig den Vertrag aufzuheben, dessen Bedingungen zu verändern, dessen Erfüllung auszusetzen oder die andererseits die Aufhebung des Vertrags, ebenso wie den Ausschluß oder die Begrenzung jeglicher Rechte des Kunden ermöglicht, es sei denn, daß diese Aufhebung, Veränderung, Aussetzung, dieser Rücktritt, Ausschluß oder diese Begrenzung bedingt ist durch eine Vertragsverletzung des Kunden oder durch andere, vom Lieferanten nicht zu vertretende Umstände; oder
- III. die die Ausübung irgendeiner vertraglichen Rechtsposition des Kunden abhängig macht von der Zustimmung des Lieferanten oder eines Dritten in dessen Namen; oder
- IV. die den Kunden anweist, den Lieferanten oder einen Dritten aufzusuchen (resort) auch in solchen Sachen, die nicht unmittelbar mit dem Gegenstand des Vertrags in Verbindung stehen oder die die Geltendmachung jeglicher vertraglicher Rechte des Kunden abhängig macht von einem solchen Aufsuchen oder die die Freiheit des Kunden beschränkt, mit Dritten Vertragsbeziehungen aufzunehmen; oder
- V. die im voraus einen Verzicht des Kunden auf solche Rechte begründet, die ihm eigentlich vertraglich zustehen; oder
- VI. die den Lieferanten oder einen Dritten in dessen Namen ermächtigt, im Namen oder an Stelle des Kunden aufzutreten bei der Geltendma-

talog der gefährlichen Klauseln stimmt in den wesentlichen Punkten - jedenfalls sinngemäß - überein, und zwar auch mit den von der deutschen Rechtsprechung am häufigsten beanstandeten Klauseln.

Danach kann man weiterhin die allgemeine Feststellung vorausschicken, daß in jeder Hinsicht von größter Bedeutung **jede** Vertragsbedingungen sind, die Haftung und Gewährleistung regeln.¹⁰³⁾

Diese Klauseln bilden regelmäßig den Kern von Formularverträgen, sind die am häufigsten als unbillig angefochtenen Vertragspunkte und sind durchweg - und hier zeigt sich der oben dargestellte Zusammenhang sehr deutlich - durch Modifizierung oder Abdingung solcher **Rechtssätze** zustande gekommen, die vorwiegend als Ausprägung des Grundsatzes von Recht und Billigkeit zu werten sind. Denn in Art und Weise und näherer Ausgestaltung der Modalitäten, zu denen ein Rechtsgenosse dem anderen unter ganz bestimmten Umständen und für ganz bestimmte Handlungen, Duldungen und Unterlassungen eine Haftung zu übernehmen hat, manifestiert sich ebenso wie in der rechtlichen Ausformung der für die verschiedensten Leistungen zu übernehmenden Gewährleistung das rechts- und ordnungspolitische Konzept eines Gesetzgebers.

-
- VII. chung von Rechten des Kunden gegen den Lieferanten; oder
die Rechnungen oder andere Urkunden, die vom Lieferanten oder in dessen Auftrag angefertigt wurden, für den Kunden verbindlich macht oder die eine Beweislastumkehr zu Lasten des Kunden enthält; oder
 - VIII. die die Einlegung von Rechtsmitteln durch den Kunden abhängig macht von der Erfüllung einer Bedingung oder von der Einhaltung einer zeitlichen Frist, oder die den Kunden hinsichtlich seiner Einwendungen oder des ihm offenstehenden Gerichtsverfahrens einschränkt, es sei denn, es handle sich um eine Schiedsgerichtsklausel; oder
 - IX. die Streitigkeiten zwischen den Parteien einem Schiedsgericht in der Weise zuweist, daß dem Lieferanten mehr Einfluß auf die Bestimmung des oder der Schiedsrichter oder des Orts des Schiedsgerichts eingeräumt wird als dem Kunden, oder die den Lieferanten einseitig berechtigt, den Gerichtsstand für den Rechtsstreit auszuwählen.

103) Vgl. auch Abschnitt 15 Ziffer 1 des einschlägigen israelischen Gesetzes (Fußnote 102), Art. 1341 Abs. 2 ital. C.c. (vgl. oben S. 52) sowie die §§ 4 (a) und 5 (b) des Gesetzentwurfes der ASJ Südbayern (Anlage I).

An Hand dieser Normen wird ersichtlich, welche Risiken und Verantwortlichkeiten der Gesetzgeber den am Vertrag beteiligten Rechtsgenossen nach seiner Vorstellung von ausgleichender Gerechtigkeit glaubt zumuten zu können und zu müssen.

Ähnliche rechtspolitische Schutz- und Ordnungsvorstellungen stehen etwa hinter den geschriebenen wie ungeschriebenen Rechtssätzen, aus denen sich die mehr oder minder durchlässige Bindung der Vertragsparteien an ihre rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen ergibt, die die Beweislast auf die Beteiligten verteilen und die nicht zuletzt den Gerichtsstand bestimmen. Nunmehr gilt es, den Katalog der Normen mit überwiegendem Gerechtigkeitsgehalt - unter Beachtung der vergleichbaren ausländischen Kodifikationen sowie des Gesetzentwurfs der ASJ Südbayern - im einzelnen zu erstellen.

- 5.4.1. An erster Stelle sind die bereits erwähnten Normen zu nennen, die jegliche vertragliche wie gesetzliche Haftung, insbesondere auch die Gewährleistung regeln.

Erläuterung: Durch diese generelle Fassung werden also ganz allgemein sowohl Haftungsfreizeichnungen des Unternehmers wie auch Haftungsverschärfungen für den Kunden erfaßt. Die ausdrückliche Einbeziehung der gesetzlichen Haftungsregeln, vor allem also der §§ 823 ff BGB, ist mehr klarstellender Natur: es soll sichergestellt werden, daß - sofern vertragliche Haftungsausschlüsse sich im Einzelfall auf gesetzliche Anspruchsgrundlagen erstrecken ¹⁰⁴⁾ - auch diese Rechtsnormen unter dem erhöhten Schutz gerechtigkeitsorientierter Vorschriften stehen.

Andererseits dient die Hervorhebung des Sonderrechts der Gewährleistung dazu, auf die besondere Bedeutung sowie auf den in diesen Vorschriften generell zum Ausdruck kommenden besonderen Gerechtigkeitsgehalt hinzuweisen. Damit unterfallen unter diesen ersten Punkt die wohl bedeutsamsten zivilrechtlichen Vorschriften, angefangen von den schon erwähnten §§ 823 ff und 459 ff BGB ¹⁰⁵⁾ über Unmöglichkeit und Verzug, die im Gesetz selbst nicht geregelten Rechtsinstitute der culpa in contrahendo, ¹⁰⁶⁾ der positiven Vertragsverletzung ¹⁰⁷⁾ und des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, ¹⁰⁸⁾ ins-

104) Vgl. hierzu RGZ 88, 317; 88, 436.

105) Selbstverständlich gehören hierzu auch die besonderen Gewährleistungsregeln einzelner Vertragstypen, etwa §§ 537 ff, 633 ff BGB.

106) Vgl. hierzu Medicus JUS 65, 209.

107) Grundlegend Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, 2. Auflage, 1913.

108) Vgl. eingehend hierzu: Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Auflage, 1963.

besondere auch die Vorschriften über das Verschulden, §§ 276 - 279 BGB,¹⁰⁹⁾ bis hin zur gesetzlichen Regelung des Schadensersatzes, §§ 249 - 252 BGB.¹¹⁰⁾

Mit diesem umfassenden Katalog wird also die Fülle der, die Rechtsprechung vornehmlich beschäftigenden Haftungsbeschränkungen und -freizeichnungen, aber auch etwa der Haftungsausschluß für mittelbare Schäden oder die häufigen Schadensersatzpauschalierungen erfaßt.

Sowohl Art. 1342 Abs. 2 ital. C.c. als auch Abschnitt 15 Ziffer 2 des einschlägigen israelischen Gesetzes führen die einseitige Befugnis des Unternehmers zur Aussetzung der Durchführung des Vertrages gesondert als gefährliche Klausel auf. Da insoweit eine Modifizierung der Verzugsvorschriften vorliegt, die ihrerseits wiederum unter die Normen mit überwiegendem Gerechtigkeitsgehalt i. S. d. Ziffer 1 fallen, ist eine ausdrückliche Erwähnung entbehrlich.

4. 2. Rechtsnormen, die die vorzeitige, einseitige Beendigung von Vertragsverhältnissen betreffen.

Ebenfalls durch eine besonders starke Ausrichtung an der Rechtsidee zeichnen sich alle die Normen aus, die eine vorzeitige und einseitige Lösung¹¹¹⁾ vom Vertrag vorsehen. Die Frage, ob und unter welchen Umständen einer der Vertragsteile sich durch Anfechtung, Rücktritt oder Kündigung einseitig und unter Durchbrechung des Grundsatzes "pacta sunt servanda" vom Vertrag soll lösen können, ist nur zu einem sehr untergeordneten Teil eine Zweckmäßigkeitserwägung.

109) Vgl. auch die umfangreiche dazu ergangene Rspr. bei W. Weber a. a. O. N 453 - 463; Schmidt-Salzer a. a. O. Rz 175 ff.

110) Vgl. auch Schmidt-Salzer a. a. O. Rz 192: "Normen mit hohem Gerechtigkeitsgehalt".

111) Demgegenüber kann eine gesonderte Erwähnung der Normen, die für die Durchführung von Rechtsgeschäften gelten, hier unterbleiben: zwar zeichnet sich auch insoweit eine Vielzahl von Normen durch einen besonderen Gerechtigkeitsgehalt aus; dabei handelt es sich jedoch zumeist um Vorschriften, die die diversen Möglichkeiten von Leistungsstörungen betreffen und bereits unter den weit gefaßten Katalog der Haftungsnormen einzuordnen sind. Was verbleibt, sind Regeln etwa über den Ort der Leistung, die zugelassenen Zahlungsmittel, Auskunfts- und Rechnungslegungspflichten oder die bereits erwähnten Vorschriften über die Quittung; alle diese Bestimmungen sind jedoch in aller Regel überwiegend durch Zweckmäßigkeitserwägungen veranlaßt.

keitsentscheidung. Wenn ein AGB-Aufsteller insoweit seine Vorstellungen an die Stelle der des Gesetzgebers setzen will, so muß er sich - und auch darin besteht mit den angesprochenen ausländischen Rechtsquellen Übereinstimmung¹¹²⁾ - eine besonders intensive Überprüfung gefallen lassen,¹¹³⁾ sowie dementsprechend besonders gewichtige Rechtfertigungsgründe vortragen. Hiermit werden sowohl solche AGB-Klauseln erfaßt, die dem Unternehmer die Lösung vom Vertrag erleichtern sollen, wie auch solche, die die vertragliche Bindung des Kunden erhöhen sollen.

5.4.3. Rechtsnormen, die die Freiheit garantieren, Rechtsgeschäfte mit beliebigen Dritten abzuschließen.

Wesentlicher Kern dieser Ziffer ist es, den ungeschriebenen Rechtssatz der Vertragsfreiheit in seiner Funktion als Garant der Abschlußfreiheit den erhöhten Anforderungen bei der rechtlichen Überprüfung zu unterwerfen. Dies erweist sich als erforderlich angesichts der Bedeutung, die der Befugnis zu freiem Kontrahieren mit beliebigen Dritten in unserer freiheitsbezogenen Rechtsordnung zukommt.

Wie in den vergleichbaren ausländischen Rechten¹¹⁴⁾ werden damit also solche AGB-Klauseln unter besondere Anforderungen gestellt, die dazu geeignet sind, den "Vertragsunterworfenen" in seiner Vertragsfreiheit gegenüber Dritten zu beschränken.

5.4.4. Rechtsnormen, die dem Vertragspartner Einwendungen und Einreden gewähren.

Erläuterung: Indem die Rechtsordnung einem Vertragsteil Gegenrechte in

112) Art. 1341 Abs. 2 ital. C.c. (vgl. S. 52 sowie Ziffer 2 des einschlägigen israelischen Gesetzes (Fußnote 102). Ebenso verbietet § 5 (c) des Entwurfs der ASJ Südbayern ein einseitiges Rücktrittsrecht des AGB-Aufstellers.

113) Das Standard Contracts Law erfaßt in seiner Ziffer 2 (vgl. Fußnote 102) auch noch eine etwaige Befugnis zur einseitigen Vertragsaufhebung als gefährliche Klausel. Auch insoweit liegt wiederum eine Durchbrechung des ungeschriebenen Rechtssatzes "pacta sunt servanda" vor. Aber auch diese Grundentscheidung unserer Zivilrechtsordnung unterfällt dem in Ziffer 2 aufgeführten Normenkomplex, da die gesetzlichen Regeln über die ausnahmsweise zulässige einseitige Lösung vom Vertrag auch den umgekehrten, nicht kodifizierten Rechtssatz beinhalten, daß die Vertragsparteien grundsätzlich an ihre rechtsgeschäftlichen Erklärungen gebunden sind.

114) Im israel. Standard Contracts Law (vgl. Fußnote 102) Abschnitt 15, Ziffer 4, Italien: Art. 1341 Abs. 2 C.c. (S. 52).

Form von Einwendungen und Einreden einräumt, bringt sie zum Ausdruck, daß sie solche Rechtspositionen als erforderlich, in den Fällen der von Amts wegen zu berücksichtigenden Einwendungen sogar als unerläßlich erachtet, um dem Grundsatz ausgleichender Gerechtigkeit im rechtsgeschäftlichen Bereich Geltung zu verschaffen.

Die gefährlichen Klauseln, die auf diese Weise erfaßt werden, bestehen vornehmlich darin, daß die Ausübung derartiger Rechtspositionen erschwert wird durch Zustimmungserfordernisse ¹¹⁵⁾ oder Fiktionen oder gar gänzlich gehindert wird durch Vorausverzichte des Kunden. ¹¹⁶⁾ Nicht gefolgt werden kann in diesem Rahmen Schmidt-Salzer, wenn er die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, § 273 BGB, als Rechtsposition mit überwiegendem Zweckmäßigkeitsgehalt bezeichnet. ¹¹⁷⁾ Zwar folgt aus der Ausgestaltung als Einrede - und insoweit besteht im Ansatz Übereinstimmung - daß der Gesetzgeber dieses Recht nicht etwa als überragend wichtig erachtete. Denn aus der Einstufung eines Rechts als von Amts wegen zu beachtende Einwendung oder als bloß vom Berechtigten geltend zu machende Einrede wird deutlich, daß der Gesetzgeber diesen Rechten einen jeweils unterschiedlichen Gerechtigkeitsgehalt beimißt. Aber in Anbetracht des, den § 273 BGB tragenden Gedankens, daß derjenige treuwidrig handelt, der zwar von seinem Vertragspartner fordert, aber - obwohl dazu verpflichtet - selbst nicht zu leisten bereit ist, ¹¹⁸⁾ muß diese Vorschrift als in besonderem Maße gerechtigkeitsmotiviert angesehen werden. ¹¹⁹⁾

4. 5. Rechtsnormen, die die Verteilung der Beweislast regeln.

Die Ausgestaltung der Beweislastregeln ist entscheidend geprägt durch die wertende Abwägung, welcher der Parteien die oft prozeßentscheidende Be-

115) Vgl. auch Ziffer 3 des israelischen Gesetzes (Fußnote 102) sowie Art. 1341 Abs. 2 ital. C. c. (S. 52); "Die Beschränkungen der Befugnis zur Erhebung von Einwendungen".

116) Eine entsprechende Regelung findet sich in Abschnitt 15 Ziffer 5 des israel. Gesetzes (vgl. Fußnote 102).

117) Schmidt-Salzer NJW 71, 1013; derselbe a. a. O. Rz 199 unter Berufung auf die unveröffentlichten Entscheidungen OLG Hamburg 3 U 60/66 Bl. 12; LG Bielefeld 6 O 281/62 Bl. 5 und LG Flensburg 6 O 33/63 Bl. 4.

118) Vgl. RGZ 152, 73 und Palandt a. a. O. § 273 Anm. 1 b.

119) Im Ergebnis geht auch die ASJ Südbayern hiervon aus: § 4 (d) des Entwurfes (vgl. Anlage I) erkennt den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts nur unter besonderen Umständen als gerechtfertigt an.

weisführung zugemutet werden kann und muß. Insoweit handelt es sich auch hier nicht nur um bloße Zweckmäßigkeitslösungen sondern vielmehr um Grundsätze mit überwiegendem Gerechtigkeitsgehalt.¹²⁰⁾

Ebenso erachten auch das israelische Gesetz¹²¹⁾ sowie der Gesetzentwurf des ASJ Südbayern (§ 4 b) derartige Beweislastumkehrungen als gefährliche Klauseln.

Erfaßt wird somit in erster Linie der ungeschriebene allgemeine Grundsatz, daß jede Partei die Beweislast für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm trifft.¹²²⁾ Daneben hat dieser Grundsatz jedoch auch seine konkreten Ausprägungen gefunden in zahlreichen gesetzlichen Vorschriften wie den §§ 179 Abs. 1, 282, 358, 636 Abs. 2 BGB sowie in den gesetzlichen Vermutungen der §§ 363, 685 Abs. 1, 938, 861, 1006 BGB, welche ebenfalls zu den Beweislastnormen zu zählen sind.¹²³⁾

5.4.6. Die Vorschriften über die Verjährung.

Einerseits ist hier zwar zu beachten, daß § 225 S. 2 BGB die Rechtsgenossen ausdrücklich ermächtigt, Verkürzungen der gesetzlichen Verjährungsfristen vorzunehmen.

Andererseits ist aber auch der den Verjährungsfristen zugrundeliegende Rechtsgedanke zu berücksichtigen: aus der, durch die Lebenserfahrung gewonnenen Erkenntnis, daß lange nicht ausgeübte Rechte in der Regel nicht bestehen oder jedenfalls nicht schutzwürdig sind, soll und muß dem Inanspruchgenommenen ein von Beweisschwierigkeiten unabhängiges Abwehrrecht gegen die **vermutlich unbegründeten Angriffe** eingeräumt werden.¹²⁴⁾

Zudem ergibt sich aus der sehr differenzierten Regelung der Verjährungsfristen in den verschiedensten Rechtsbereichen, daß der Gesetzgeber hier unter Abwägung der Interessen der jeweils Anspruchsberechtigten mit denen des

120) Vgl. auch Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 270. So ist es auch bezeichnend, daß die Entscheidung des BGH, die die grundsätzlichen Weichen für die neuere AGB-Inhaltskontrolle gestellt hat, die Frage der Rechtmäßigkeit einer Beweislastumkehr betraf, BGHZ 41, 151 ff, vgl. auch schon BGH NJW 62, 31; BGHZ 8, 241; 23, 291; 28, 254.

121) In Ziffer 7 (vgl. Fußnote 102). Demhingegen unterläßt es Art. 1341 Abs. 2 ital. C. c. (vgl. S. 52), für Beweislastumkehrungen das besondere Formerfordernis zu statuieren.

122) Grundsätzlich: Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, Lehrbuch, 10. neubearbeitete Auflage, 1966, § 118, III.

123) Vgl. Rosenberg-Schwab a. a. O. § 118 III, 1.

124) Vgl. BGB Motive I 291.

Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit, sowie unter Berücksichtigung der besonderen Umstände der betreffenden Rechtsmaterie, jeweils "gerechte" Entscheidungen zu treffen bemüht war. Wenn z. B. für deliktische Ansprüche - abweichend von der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren, § 195 BGB - eine nur 3jährige Frist festgesetzt wird, § 852 BGB, so wird deutlich, daß mit den verschiedenen Verjährungsfristen eine echte Ordnungsfunktion verfolgt wird.

Unter Berücksichtigung aller dieser Erwägungen sind auch die Vorschriften über die Verjährungsfristen als überwiegend gerechtigkeitsorientiert zu werten.¹²⁵⁾

Demnach ist auch bei abweichenden Verjährungsfristen in AGB das Vorliegen eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes jeweils besonders zu prüfen, was vor allem die Prüfung verlangt, ob bei der Modifizierung der Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Verjährungsvorschriften hinreichend berücksichtigt worden ist.

5.4.7. Die Vorschriften, die den örtlichen Gerichtsstand bestimmen.

Erläuterung: Die Frage, an welchem Ort eine Partei ihre behaupteten Rechte prozessual zu verfolgen hat bzw. wo sich der Gegner gegen derartige Angriffe zu verteidigen hat, ist von erheblicher praktischer wie auch finanzieller Bedeutung für die Rechtsgenossen.

Da es jeweils allein dem Kläger überlassen bleibt, zu entscheiden, ob er den Prozeß - unter Berücksichtigung der ihm daraus erwachsenden Lasten - einleiten will oder nicht und weil demgegenüber der Beklagte insoweit keinerlei Einfluß hat, er vielmehr jederzeit mit einem Prozeß überzogen werden kann, kommt der gesetzlichen Entscheidung, an welchem Orte der Rechtsstreit auszufechten ist, eine bedeutsame soziale Schutzfunktion zu.¹²⁶⁾ Aus dieser Sicht ist die Bestimmung, daß der Gerichtsstand grundsätzlich am Wohnsitz der beklagten Partei begründet wird, §§ 12, 13 ZPO, erkennbar und maßgeblich beeinflusst worden. Dies muß umsomehr gelten angesichts der zusätzlichen Bedrohung, der die Beklagtenpartei durch das Säumnisverfahren ausgesetzt ist.¹²⁷⁾

125) Vgl. auch Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 265. Allein insoweit findet sich nichts entsprechendes in den einschlägigen ausländischen Rechten wie auch in dem Gesetzentwurf der ASJ Südbayern.

126) Vgl. auch Löwe NJW 73, 17 ff.

127) Löwe, NJW 70, 2240, verweist auf Statistiken, wonach gerade bei "vereinbarten" Gerichtsständen unverhältnismäßig viele Versäumnisurteile ergeben.

In ähnlicher Weise sind die weiteren, nach sachlichen Gesichtspunkten differenzierenden Gerichtsstandsregelungen der §§ 14 ff ZPO deutlich von ordnungspolitischen Vorstellungen geprägt.¹²⁸⁾

Auch die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit sind daher als Rechtsätze mit überwiegendem Gerechtigkeitsgehalt¹²⁹⁾ zu bezeichnen.¹³⁰⁾

Der ihnen eigene Gerechtigkeitsgehalt ist sogar als so überragend einzuschätzen, daß eine formularmäßige Abdingung in aller Regel¹³¹⁾ unzulässig sein wird. Eine Ausnahme schiene theoretisch zumindest denkbar für den Bereich des reinen Versandhandels: die Eigentümlichkeiten dieser Branche, wie etwa die breite Streuung der Kunden einerseits und die Existenz nur einer zentralen Unternehmensniederlassung andererseits könnten eine formularmäßige Gerichtsstands"vereinbarung" im Einzelfall rechtfertigen.

Dies kommt jedoch solange nicht in Betracht, wie das Säumnisverfahren in seiner bisherigen Form beibehalten wird. Denn wenn schon ein sachlicher Grund seitens des AGB-Aufstellers gegebenenfalls anzuerkennen wäre, so müssen doch auch noch die Interessen der Vertragspartner hinreichend berücksichtigt werden.

Letzteres ist jedoch bei der derzeitigen Rechtslage in keiner Weise gewährleistet: die einzige Bremse, die ein sachlich unberechtigtes Versäumnisurteil gegen den "Vertragsunterworfenen" hindern könnte, ist eine in der Praxis sich als unzureichend erweisende Schlüssigkeitsprüfung.¹³²⁾ Während ein

128) Vgl. auch Wacke ZRP 70, 244: "Verfahrensnormen von evidentem Gerechtigkeitsgehalt"; Löwe NJW 70, 2239; Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 267.

129) Anderer Ansicht: Ott NJW 73, 299/300.

130) Entsprechend will auch § 5 (a) des Gesetzentwurfs der ASJ Südbayern (Anlage I) jegliche Gerichtsstands"vereinbarungen" in AGB verbieten. § 1341 Abs. 2 a. E. des ital. C. c. (vgl. oben S. 52) zählt ebenso wie Abschnitt 15 Ziffer 9 des israel. Standard Contracts Law (vgl. Fußnote 102) abweichende Gerichtsstandsvereinbarungen zu den "gefährlichen" Klauseln.

131) So auch Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 267; ähnlich Löwe NJW 70, 2236 ff sowie ZRP 70, 97 ff und NJW 73, 17 ff. Ablehnend: Ott NJW 73, 301 sowie die bisher herrschende Rspr.: BGHZ 7, 187 ff; BGH WM 63, 528/529; BGHZ 49, 387; 52, 36; 53, 315 ff. Aus jüngster Zeit datieren jedoch einige mutige Instanzurteile, die Gerichtsstands"vereinbarungen" in AGB für unwirksam erachten: LG Frankfurt BB 72, 381 (nicht rechtskräftig); LG Nürnberg-Fürth BB 72, 1114; LG München I BB 72, 726.

132) Vgl. Löwe NJW 70, 2240; derselbe ZRP 70, 97 ff.

Versäumnisurteil nach der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers deshalb rechtens war, weil er davon ausging, daß die säumige Partei zu Gericht kommen könne, aber es nur eben nicht wolle, hat sich dieses Verhältnis unter den heutigen Umständen regelmäßig in ihr Gegenteil verkehrt. Wenn dieser Veränderung der faktischen Gegebenheiten bei einer Novellierung des Säumnisverfahrens Rechnung getragen würde,¹³³⁾ so käme auch ausnahmsweise die Anerkennung der formularmäßigen Abdingung des örtlichen Gerichtsstands in Betracht.

- Ein gewichtiger Punkt bleibt insoweit noch offen: durch eine derartige gesetzliche Regelung würde noch nicht der häufigste und gefährlichste Fall der Gerichtsstands"vereinbarungen" erfaßt, der durch das Zusammenspiel der §§ 269 BGB und 29 ZPO ermöglicht wird.

Denn indem der Sitz des AGB-Aufstellers als Erfüllungsort bestimmt wird, erfährt das Tatbestandsmerkmal des "Erfüllungsortes" i. S. d. § 29 ZPO lediglich seine konkrete inhaltliche Ausfüllung für den Einzelfall; nicht hingegen ist damit eine Modifizierung oder gar Abdingung dieses Rechtssatzes verbunden. Um diese Lücke zu schließen, wäre es erforderlich, entweder § 29 ZPO ganz zu streichen oder aber diese Norm zumindest bei der Verwendung von AGB für nicht anwendbar zu erklären.

- Anderes muß gelten hinsichtlich der Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit. Diese Regeln streben vor allem ein angemessenes, zweckmäßiges Verhältnis zwischen Aufwand (Anwaltszwang, Kollegialgericht) und objektivem Wert des Streitgegenstandes an, beruhen darüberhinaus auf dem Gedanken der höheren Entscheidungsqualität eines Kollegialgerichts.¹³⁴⁾ So gesehen, bedeutet die Vereinbarung einer amtsgerichtlichen Allzuständigkeit keine Rechtsverkürzung für den Kunden, da ihm auch insoweit grundsätzlich die Möglichkeit der Berufung und damit der Letztentscheidung durch ein Kollegialgericht verbleibt.

Allerdings kann sich die formularmäßige Vereinbarung der Allzuständigkeit des Landgerichts im Einzelfall als Umgehung der Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit erweisen, dann nämlich, wenn sich am Wohnsitz des Kunden wohl ein Amtsgericht, nicht aber das betreffende Landgericht befindet. Dabei ist aber zu bedenken, daß damit nur die Zuständigkeit des örtlich zuständigen Landgerichts begründet werden kann, das sich in aller Re-

133) Etwa durch strengere Anforderungen an die Schlüssigkeitsprüfung oder durch Berücksichtigung auch schriftlicher Ausführungen der säumigen Partei.

134) Vgl. Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 268.

gel in einer räumlich vertretbaren Entfernung zu den Amtsgerichten seines Zuständigkeitsbereichs **befindet**.

Allenfalls im Einzelfall sind hier Mißbräuche denkbar,¹³⁵⁾ die vom Sinn und Zweck der sachlichen Zuständigkeitsregeln nicht mehr gedeckt sind und die vielmehr allein den Zweck verfolgen, den Ort des Gerichtsstands zu Lasten des Kunden zu verändern.

Angesichts des nur beispielhaften Charakters des zu erstellenden Katalogs ist es einem Gericht nicht verwehrt, in solchen Fällen die abweichende sachliche Gerichtsstands"vereinbarung" als rechtsunwirksam zu erklären.

5.4.8. Diese letztere Feststellung ist abschließend noch einmal besonders hervorzuheben.

Es kann und soll nicht verkannt werden, daß durch den vorhergehenden Katalog nicht alle, zumindest potentiell gefährlichen Klauseln erfaßt werden.

So verbleiben vor allem Vertragsbestimmungen, die dem Unternehmer Sicherheiten aller Art, sei es in Form von Eigentumsvorbehalt,¹³⁶⁾ Sicherungszession¹³⁷⁾ oder -übereignung¹³⁸⁾ oder durch Lohnabtretungen¹³⁹⁾ garantieren sollen, oder aber solche, die etwa durch Fiktionen einer Vertragsverlängerung oder -erneuerung zu dienen bestimmt sind.¹⁴⁰⁾

!

135) So wenn etwa ein Unternehmen Rechtsgeschäfte über geringwertige Gegenstände überwiegend an einem Ort mit Sitz eines Amtsgerichts tätigt und dennoch das entfernte Landgericht zum Gerichtsstand erklärt. Der Zwang für die Kunden, in Bagatellsachen einen Anwalt zu engagieren und zudem an das entfernte Landgericht zur Rechtsverteidigung reisen zu müssen, erweist sich in einem solchen Fall als unbillig.

136) Der sogenannte einfache Eigentumsvorbehalt ist regelmäßig als sachgerecht zu erachten, vgl. RGZ 147, 381, wie sich schon aus der gesetzlichen Wertung des § 455 BGB ergibt. Vgl. eingehend zu diesen Fragen: Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Band I, 1963, § 3. Problematischer wird es erst beim weitergeleiteten, beim erweiterten und beim verlängerten Eigentumsvorbehalt. Vgl. hierzu vor allem: Werndl, Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Würzburg, 1957, S. 6 ff.

137) Vgl. auch Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 220, 221.

138) Hierzu Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 228 - 239.

139) Vgl. LG Düsseldorf BB 67, 118 f. einerseits und BAG NJW 67, 751, 752 andererseits.

140) Ähnlichen Gefahren beugt auch Art. 1341 Abs. 2 ital. C. c. vor (vgl. oben S. 52).

Insoweit bestehen von der hier gewählten gesetzestechnischen Form her Schwierigkeiten, da sich etwa die Sicherungsklauseln weitgehend außerhalb des Gesetzesrechts gebildet haben und sie auch keine Modifizierung ungeschriebener Rechtsvorschriften darstellen.

In diesen Fällen kann also nicht danach gefragt werden, ob ein sachlicher Grund für das Abweichen von materiellem Recht vorliegt. Vielmehr sind solche Sicherungsklauseln jeweils unmittelbar an der Rechtsidee, am Grundsatz ausgleichender Gerechtigkeit zu messen. Auch werden hier sehr oft Analogien zu vergleichbaren, gesetzlich bereits geregelten Rechtsmaterien wesentliche Anhaltspunkte für die rechtliche Beurteilung bieten.¹⁴¹⁾ Das bedeutet, daß in allen diesen Fällen zu prüfen ist, ob die formularmäßige Absicherung wegen der Eigenheiten des Rechtsgeschäfts, des betreffenden Wirtschaftszweiges etc., als sachlich gerechtfertigt anzusehen ist und ob dabei auch die Interessen des sicherungsgebenden Vertragspartners angemessen berücksichtigt worden sind.

- Letztlich seien noch Schiedsgerichtsvereinbarungen erwähnt, die sowohl vom italienischen als auch vom israelischen¹⁴²⁾ Zivilgesetzgeber als gefährliche Klauseln eingestuft worden sind.

Allerdings stellt insoweit § 1025 Abs. 2 ZPO bereits besondere materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen auf, und statuiert § 1027 Abs. 1 ZPO spezielle Formerfordernisse, die zum Schutz der Parteien vor unüberlegten Schiedsverträgen beitragen sollen.¹⁴³⁾

Indem vor allem § 1027 Abs. 1 ZPO verlangt, daß die Schiedsvereinbarung von dem Hauptvertrag gesondert und von den Parteien durch eine ausschließlich den Schiedsvertrag deckende Unterschrift unterzeichnet sein muß,¹⁴⁴⁾ tauchen unbillige Schiedsvereinbarungen in unserer Rechtsordnung nicht mehr im Zusammenhang mit der besonderen Problematik des Vertragstypus Allgemeiner Geschäftsbedingungen auf.

An diesem praktischen Beispiel zeigt sich im übrigen ganz deutlich, wie spezielle Formerfordernisse dazu führen können, daß eine direkte und besondere Inhaltskontrolle - zu Lasten des Kunden - nicht mehr Platz greifen kann; insoweit handelt es sich nun eben nicht mehr um allgemeine, sondern vielmehr um besondere, "normale", individuelle Vertragsbedingungen.

141) Ähnlich Raiser a. a. O. S. 296.

142) In Ziffer 9 des einschlägigen Standard Contracts Law (vgl. oben Fußnote 102).

143) Vgl. Thomas-Putzo, ZPO, Kommentar, 6. Auflage, § 1027 Anm. 1.

144) Vgl. BGHZ 38, 165.

6. Ein weiterer Punkt von wesentlicher Bedeutung für die avisierte gesetzliche Regelung ergibt sich aus der Notwendigkeit der Präzisierung und Konkretisierung des, die Abweichung rechtfertigenden sachlichen Grundes. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff bliebe ohne gesetzliche Eingrenzung zu vage und zu sehr Leerformel und würde im Grunde genommen wiederum die Judikative in die Rolle des eigentlichen Gesetzgebers versetzen. Der Begriff des sachlichen Grundes ist daher in positiver wie in negativer Hinsicht abzugrenzen, ohne daß dabei allerdings der Entwicklung der Rechtspraxis zu starre Fesseln angelegt werden sollen.
- 6.1. Vorweg ist folgendes klarzustellen:
Bei der Beurteilung, ob sachliche Gründe eine vom Privatrecht abweichende Vertragsgestaltung rechtfertigen, stehen sich zwei maßgebliche Kriterien gegenüber:
- Die Abweichung ist veranlaßt durch die Eigenheiten des jeweiligen Rechtsgeschäftes oder durch sonstige, im folgenden noch näher zu erörternde Sachzwänge, die durch das dispositive Recht nur ungenügend oder überhaupt nicht berücksichtigt werden.
 - Die Abweichung ist Ausdruck des unternehmerischen Bestrebens, seine soziale Überlegenheit - unter Mißachtung der Interessen seiner Kunden - auszunutzen.
- Beide Kriterien schließen einander nicht **aus**; sofern sie sich im konkreten Einzelfall überlagern, gebührt allerdings dem ersteren Gesichtspunkt der Vorrang. Das bedeutet konkret: sind bei einer Vertragsklausel rechtfertigende Gründe für die Abweichung gegeben, so ist die korrespondierende Motivation, damit auch eine soziale Überlegenheit ausnutzen zu wollen, für die rechtliche Wertung irrelevant.
- 6.2. Die vorausgegangenen Erörterungen haben deutlich gemacht, daß es einzig und allein, positiv, auf das Vorhandensein einer iusta causa ankommen kann und muß. Die entscheidende Frage geht demnach dahin, was insoweit als "sachlicher Grund" anzuerkennen ist.
- Vorweg bedarf es noch der weiteren Feststellung, daß es hier weder um eine detaillierte noch um eine abschließende Aufzählung gehen kann; vielmehr sollte es lediglich gesetzgeberisches Ziel sein, der Praxis hinreichende Orientierungsdaten zu geben, zu umreißen, aus welchen Gesichtspunkten eine abweichende Klausel anerkennenswert erscheinen kann. Noch weitergehendere Kodifizierungen würden einerseits zu einer unerwünschten Immobilität von Rechtspraxis und Rechtsprechung führen und andererseits den vorgegebenen Rahmen einer, gewissermaßen "gesetzlich erläuterten Generalklausel" vollends sprengen. Inwieweit es sich hier überhaupt noch um eine "Generalklausel" oder schon um ein spezielles AGB-Gesetz handelt, soll als bloß

terminologische Frage hier nicht weiter erörtert werden.

Eine *iusta causa*, ein sachliches Erfordernis, vom Privatrecht abweichende Regeln zu verwenden, kann sich aus mehrerlei Gesichtspunkten ergeben. Sie kann begründet sein in:

1. den Eigenheiten der Leistung,
2. den Eigenheiten des Rechtsgeschäfts,
3. den Eigenheiten des konkreten Betriebs,
4. den Eigenheiten des betreffenden Wirtschaftszweiges, sowie
5. im Streben nach Absicherung eigener, d.h. unternehmerischer, vertraglicher Rechtspositionen.

Dazu ist zunächst grundsätzlich zu bemerken, daß die Grenzen - vornehmlich zwischen den ersten vier Kriterien - mehr oder weniger fließend sind.

6. 2. 1. Besonderheiten der Leistung selbst, die vom Gesetzgeber nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt worden sind, können sich vor allem aus Inhalt und technischer Beschaffenheit der Leistung ergeben. So können abweichende, insbesondere gewährleistungsrechtliche Regeln veranlaßt sein entsprechend der unterschiedlichen normalen Haltbarkeit bzw. "Lebensdauer" der gekauften Erzeugnisse. Weitere Differenzierungen können sich etwa im Kaufrecht als notwendig erweisen wegen der unterschiedlichen technischen Kompliziertheit des Kaufobjekts (einfache Küchengeräte einerseits und komplizierte elektronische Stereo- oder sonstige Anlagen andererseits) oder in Betracht des jeweiligen technischen Entwicklungsstandes (zum einen jahrzehntelang bewährte Erzeugnisse und zum anderen technische Neukonstruktionen) oder aber wegen der dem Kaufgegenstand regelmäßig innewohnenden besonderen Gefährlichkeit (bei Maschinen und Kraftfahrzeugen kann sich daraus ein legitimes Streben zur Haftungsbegrenzung für mittelbare Schäden ergeben).

Ebenso können sich, soweit Dienstleistungen aller Art vertraglich geschuldet sind, aus deren speziellen Eigenarten berechnigte Abweichungsbedürfnisse ergeben: durch Bankauskünfte etwa können wirtschaftliche und finanzielle Entscheidungen von oft erheblicher Tragweite beeinflußt oder gar allein motiviert werden; daraus resultiert ein legitimes Bedürfnis zur Haftungsbegrenzung.

Eben dieses Bedürfnis erhebt sich regelmäßig auch dann, wenn die vertraglich geschuldete Dienstleistung sich als "gefahrgeeinigte Arbeit" im Sinne der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung¹⁾ darstellt, beispielsweise beson-

1) Vgl. BAG AP Nr. 5 zu § 282 BGB mit Überblick über die vorangegangene Rechtsprechung.

ders schwierige und gefährliche Transporte auszuführen sind.

Hauptsächlich in diesen Fällen insbesondere technisch bedingter Eigenheiten der Leistung wird ein Abweichen von der gesetzlichen Norm geboten, zumindest gerechtfertigt sein.

- 6.2.2. Auch die Sonderheiten eines Rechtsgeschäftstypus können eine abweichende AGB-Gestaltung veranlassen.

Damit wird ein über den Leistungsgegenstand hinausgreifender, mit ihm aber eng verflochtener Bereich erfaßt.

Solche, dem Zivilgesetzgeber zwar nicht unbekannten, aus seiner Sicht aber jedenfalls atypischen Rechtsgeschäfte kennen wir heute z.B. in der Form von Sicherungsgeschäften, die durch einseitige Vorleistung und daraus resultierende verstärkte Absicherung des vorleistenden Vertragsteils ihr Gepräge erhalten (in erster Linie Abzahlungsgeschäfte).

Wenngleich es der Gesetzgeber schon durch das Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 1894 unternommen hat, diesen Rechtskreis zu regeln, so beschränken sich doch diese Regeln auf einige wenige, als besonders gefährlich erachtete Punkte, wie z.B. die Zahlungs- und Rücktrittsbedingungen, §§ 1 - 3, 5, 6 AbzG. Übrig bleibt eine ganze Palette weiterer, für den Kunden nicht minder gefährlicher oder lästiger Klauseln, die ebenfalls mit dem Absicherungsbedürfnis des Verkäufers begründet werden. Hierher zählen etwaige Verwendungsverbote und Versicherungsgebote, über den gesetzlichen Rahmen hinausgehende Zurückbehaltungsrechte und Aufrechnungsverbote.

Alle diese Klauseln können zwar grundsätzlich durch den besonderen rechtsgeschäftlichen Sicherungscharakter sachlich begründet sein; ob sie jedoch tatsächlich durch das Sicherungsbedürfnis noch gedeckt sind und ob die konträren Interessen der Kunden hinreichend berücksichtigt sind, wird jeweils genauer Prüfung bedürfen.

Weitere Rechtsgeschäfte, die sich durch eine atypische Sach- und Interessenslage auszeichnen, sind die heute weit verbreiteten Versandhausgeschäfte, deren Eigenheiten etwa abweichende Zahlungs- und Lieferbedingungen erfordern können.

Vom rechtsgeschäftlichen Gesamtcharakter her bedingte, sachlich berechnete Modifizierungen können sich auch aus der jeweiligen Struktur des Kundenkreises ergeben. Ein kleiner, überschaubarer oder ein großer, unübersichtlicher Kundenkreis vermag ebenso wie ein als Stamm- oder ein als Laufkundschaft zu bezeichnender Kundenkreis beispielsweise unterschiedliche Beweisforderungen (zusätzliche Formerfordernisse und Nachweisobliegenheiten bei Laufkundschaft) oder auch wiederum differenzierte Zahlungsbedingungen (Anzahlungspflichten bei unübersichtlicher Kundenstruktur) notwendig

erscheinen lassen.

- 6.2.3. Nach Leistungsgegenstand und Wesen des Rechtsgeschäfts könnten sich - gewissermaßen auf der nächsthöheren Stufe - berücksichtigungsfähige Ausnahmeregelungen aus den Eigenarten des jeweiligen Betriebes, seiner Organisation und Funktionsweise ergeben.²⁾

Insoweit sind jedoch erhöhte Vorsicht und Zurückhaltung geboten, was sich aus folgenden Überlegungen ergibt:

Grundsätzlich wird man nur solche Umstände zu berücksichtigen haben, die ganz generell in einer Wirtschaftsbranche auftreten, die also branchenbedingt sind und darüberhinaus natürlich auch berechtigt sein müssen. Ergeben sich, davon abweichend, besonders gelagerte Fälle in einzelnen Betrieben, so muß man diese atypischen Gegebenheiten grundsätzlich dem Verantwortungsbereich des jeweiligen Unternehmens, da seiner betrieblichen Einflußsphäre entstammend, zuzurechnen haben.³⁾ Eine von der Rechtsordnung anzuerkennende Risikoabwälzung kann in aller Regel nur bei generell vorliegenden Sonderumständen gegeben sein.

So können beispielsweise betriebsspezifisch bedingte Liquiditätsklemmen, Produktionsumstellungen oder betrieblicher Arbeitskräftemangel⁴⁾ nicht zu dementsprechend günstigeren Geschäftsbedingungen für den Unternehmer führen. Denn - und diese Gegenprobe verdeutlicht den aufgezeigten Grundgedanken - ebensowenig kann der einzelne Vertragspartner unter Hinweis auf temporäre Finanzschwierigkeiten, Krankheit oder ähnliches, günstigere Vertragsbedingungen für sich beanspruchen. Dahinter steht die allgemeine Formel, daß, wer zu angemessenen rechtlichen Bedingungen nicht zu leisten oder zu erwerben in der Lage ist, Leistung bzw. Erwerb zu unterlassen hat. Eine andere rechtliche Beurteilung ist jedoch eventuell dann geboten, wenn auf Unternehmerseite ein betriebsspezifischer Umstand umschlägt in ein brancheneigentümliches Wesensmerkmal; solche Fälle werden jedoch von den anschließend noch zu erörternden Eigenheiten des Wirtschaftszweiges erfaßt.

Für die grundsätzliche Unbeachtlichkeit betriebsspezifischer Umstände streitet letztlich auch eine mehr praxisbezogene Überlegung: wollte man derlei Betriebsumstände als sachliche Gründe anerkennen, so wäre der Un-

2) Vgl. Hurst a. a. O. S. 138.

3) Dieser Gedanke klingt auch bei Schmidt-Salzer in ähnlichem Zusammenhang an: NJW 69, 291.

4) Von branchenbedingten Engpässen des Arbeitsmarkts geht die Entscheidung BGH NJW 68, 1719 aus.

nehmer - wenn er sich vor Gericht auf sie berufen will - gehalten, diese mehr oder minder geheimen Betriebsinterna zu offenbaren. Da insoweit im Zivilprozeß eine Offenbarungspflicht nicht auferlegt werden könnte, müßte sich die zur Entscheidung berufene Rechtsprechung jeweils mit den Informationen begnügen, die der Unternehmer freiwillig zu erteilen bereit wäre. In solch willkürlichem Auswahlermessen liegen jedoch erhebliche Fehlerquellen und Mißbrauchsmöglichkeiten begründet. Dazu kommt noch, daß derartige betriebsinterne Unterlagen in besonderem Maße manipulationsanfällig sind und von Außenstehenden nur sehr schwer auf ihre Richtigkeit hin überprüfbar sind.

Fazit: Da betriebliche Eigenheiten vom Zivilrecht abweichende AGB grundsätzlich nicht werden rechtfertigen können, haben sie auch in der beispielhaften Legaldefinition der "sächlichen Gründe" unberücksichtigt zu bleiben.

6.2.4. Anderes muß gelten hinsichtlich der Eigenheiten des betreffenden Wirtschaftszweiges.⁵⁾

Hier können sich beispielsweise relevante Besonderheiten daraus ergeben, daß eine Wirtschaftsbranche abhängig ist von einer Vielzahl von Materiallieferanten, die möglicherweise noch verteilt sind auf den EG- oder gar den gesamteuropäischen Markt. Diese Abhängigkeiten können durchschlagen auf die Lieferbedingungen, gegebenenfalls auch auf Art und Umfang der Gewährleistung.

Ebenso könnte es sachgerecht sein, den Eigenheiten etwa der Touristikbranche - mindere Einfluß- und Überwachungsmöglichkeiten angesichts der räumlichen Entfernungen zu den regelmäßig in Deutschland, Europa oder der ganzen Welt verstreut liegenden Vermittlungsobjekten - durch verringerte Gewährleistungsanforderungen Rechnung zu tragen.

Bei stark konjunkturabhängigen Wirtschaftszweigen - wie der Bau- und Kfz.-Branche - kann sich diese Abhängigkeit auch in den Geschäftsbedingungen

5) So auch schon im Jahre 1909 das "Kaiserliche Aufsichtsamt für Privatversicherung" hinsichtlich der Allgemeinen Versicherungsbedingungen: "Das Bestreben des Amtes ging im allgemeinen dahin, auch den nichtzwingenden Vorschriften des Gesetzes möglichst Geltung im Bereiche der AVB zu verschaffen, soweit nicht besondere Gründe, insbesondere die eigenartigen Verhältnisse einzelner Versicherungszweige oder Versicherungsarten für die Ausschaltung der gesetzlichen Regelvorschriften sprachen".

niederschlagen, indem diese z. B. für den Fall eines etwaigen Booms ⁶⁾ längere Fristen vorsehen, innerhalb deren der Kunde auch noch nach Überschreitung des Liefertermins an den Vertrag gebunden bleibt. ⁷⁾

Im übrigen treten bei diesem Kriterium Verzahnungen und Überschneidungen auf mit den bereits dargelegten Eigenheiten des Rechtsgeschäfts. Wie der Versandhandel mit seinen Eigenarten bereits dort Erwähnung gefunden hat, man ihn aber ebensogut branchenmäßig einzuordnen vermöchte, so kann man auch die aus den Rechtsgeschäften der Großkaufhäuser resultierenden legitimen Einflüsse auf die Geschäftsbedingungen (im Gegensatz zum Fachhandel möglicherweise: mindere Gewährleistung, kürzere Verjährungsfristen, besondere Formerfordernisse für die Gültigkeit von Nebenabreden) sowohl dem einen wie dem anderen Kriterium zuordnen.

Letztlich aber ist die exakte begriffliche Einordnung innerhalb dieser Gruppen auch nur von untergeordneter Bedeutung; entscheidend kommt es immer darauf an, ob bestimmte, geltend gemachte Eigenheiten überhaupt unter eines dieser Kriterien zu subsumieren sind.

2. 5. Das letzte, für eine abweichende Vertragsbedingung in Betracht kommende Merkmal, das unternehmerische Bestreben nach größtmöglicher Absicherung eigener vertraglicher Rechtspositionen, fällt etwas aus dem Rahmen der bisher erörterten Kriterien. Denn hier geht es nicht um Konsequenzen aus objektiven, typischerweise bei einem Rechtsgeschäft auftretenden Sachzwängen, sondern vielmehr um rein egoistisch motivierte Bestrebungen. Unter diese Gruppe fallen etwa über den gesetzlichen Rahmen hinausreichende Zurückbehaltungsrechte, Aufrechnungsverbote und Beweiserleichterungen (z. B. Schadenspauschalierungen, Fiktionen jeglicher Art), soweit sie nicht schon aus einem der vorherigen Gesichtspunkte sachlich begründet sind.

In diesem Punkte prallen mehr denn je die Interessen von AGB-Aufsteller und Vertragspartner unmittelbar und ohne den "Blitzableiter" eines irgendearteten, besonderen objektiven Sachkriteriums aufeinander. Jegliche Verbesserung der rechtlichen und wirtschaftlichen Absicherung des Unter-

6) Für Zeiten der konjunkturellen Baisse hingegen wird eine formularmäßige Modifizierung des Gesetzes zu Lasten des Kunden in aller Regel nicht in Betracht kommen, da dann der Unternehmer leistungsbereit und auch mehr denn je auf den Absatz seiner Waren angewiesen sein wird.

7) Die Grenze ist dort, wo es dem Unternehmer vorzuwerfen ist, daß er trotz Nachschubschwierigkeiten noch weitere vertragliche Bindungen übernommen hat.

nehmers geht direkt zu Lasten des jeweiligen Vertragspartners, der seinerseits - unter Hinweis auf bekannte und gängige negative Wirtschaftspraktiken - mit nicht minder gewichtigen Gründen eine verstärkte Sicherheit seiner Rechtsstellung fordern könnte.

Damit wird das unternehmerische Sicherungsbedürfnis zum Haupteinfallstor für das, den AGB-Aufstellern verbliebene Recht zur maßvollen Geltendmachung des Eigennutzstrebens sowie zu einer gewissen Ausnutzung sozialer und intellektueller Überlegenheit. Allerdings wird es auch gerade in diesem Punkt jeweils sorgfältiger Abwägungen der einander gegenüberstehenden Interessen bedürfen.

Entsprechend der vorgegebenen Prioritätenverteilung wird es im einzelnen darauf ankommen, ob das die Abweichung tragende Sicherungsbedürfnis des AGB-Aufstellers tatsächlich begründet ist und - vor allem - ob bei der Regelung auch die diametral entgegengesetzten Interessen der Vertragspartner hinreichend berücksichtigt worden sind, sie gegebenenfalls auch durch Konzessionen in anderen Vertragspunkten wieder ausgleichend beachtet worden sind. Wenngleich damit grundsätzlich anerkannt wird, daß das Sicherungsbedürfnis des Unternehmers eine von der gesetzlichen Normallage zu seinem Vorteil adäquat abweichende AGB-Gestaltung zu rechtfertigen vermag, so sprechen doch gewichtige Gründe gegen eine ausdrückliche, gesetzliche Erwähnung dieses Kriteriums als "sachlicher Grund".

Einmal sollte die gesetzliche Erläuterung des unbestimmten Rechtsbegriffs "sachliche Gründe" nur die Rechtfertigungsgründe umfassen, die eine abweichende AGB-Regelung - zumindest auch - notwendig erscheinen lassen, nicht aber auch die Gründe, die die Abweichung lediglich noch zulässig erscheinen lassen.

Zum anderen könnte die gesetzliche Verankerung dieser, in nur beschränktem Rahmen anzuerkennenden Motivation Anlaß zu mißverständlicher, vor allem aber zu überbewertender, die Akzente verschiebender Auslegung sein.

Solches zu verhindern, wird das Sicherungsbedürfnis des AGB-Aufstellers expressis verbis nicht in den Katalog der Rechtfertigungsgründe aufzunehmen sein; seine Berücksichtigungsfähigkeit im Einzelfall wird garantiert durch die nur beispielhafte, nicht abschließende Aufzählung der "sachlichen Gründe".

- 6.2.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die eine abweichende AGB-Gestaltung rechtfertigenden sachlichen Gründe positivrechtlich dahingehend zu präzisieren sind, daß sie sich "insbesondere aus den, vom dispositiven Recht nicht oder nicht ausreichend berücksichtigten Eigenheiten der Leistung, des Rechtsgeschäfts oder des einschlägigen Wirtschaftszweiges ergeben können".

- 6.3. Um etwaigen Fehlentwicklungen in der Rechtspraxis von vorneherein zu wehren, ist der Begriff der "sachlichen Gründe" durch den Gesetzgeber auch in negativer Hinsicht abzugrenzen. Das bedeutet, daß ein Katalog derjenigen Kriterien aufzustellen ist, die als sachliche Gründe nicht anzuerkennen sind.

Insoweit wird im einzelnen zu prüfen sein, ob

1. Preiskalkulatorische Erwägungen,
2. die Möglichkeit für den Kunden, sich gegen rechtsgeschäftliche Risiken versicherungsmäßig abdecken zu können, und ob
3. die Üblichkeit von Geschäftsbedingungen

von der Privatrechtsordnung abweichende AGB-Inhalte zu rechtfertigen vermögen.

- 6.3.1. Es wird die Ansicht vertreten, daß zwischen den Bedingungen, zu denen eine Ware geliefert wird und der vertraglichen Gegenleistung, dem Preis, ein direkter, rechtlich relevanter Zusammenhang bestehe; danach könne ein besonders niedriger Preis Geschäftsbedingungen rechtfertigen, die den Unternehmer einseitig begünstigen, die insbesondere seine Risiken minimalisieren.⁸⁾

Ganz allgemein würde das also bedeuten: wenn ein Gericht AGB auf ihre Gültigkeit hin zu überprüfen hat, muß es die Höhe der Gegenleistung in seine Prüfung miteinbeziehen.

Das aufgeworfene Problem kann nicht generalisierend betrachtet werden; gerade was das Verhältnis zwischen AGB und Preis angeht, können sich bei unterschiedlichen Sachbereichen auch unterschiedliche Konsequenzen ergeben. Vor allem aber, und dies erscheint besonders wichtig, ist zwischen wirtschaftlichen und rechtlichen Beurteilungen und Schlußfolgerungen jeweils streng zu differenzieren.

Zunächst und ganz grundsätzlich ist festzuhalten, daß bei sehr vielen Klauseln ein mehr oder minder großer wirtschaftlicher Zusammenhang zur kalkulatorischen Bemessung des Preises bestehen kann.

8) Vgl. v. Brunn a. a. O. S. 37 ff; derselbe NJW 51, 103; Sebba, Bedeutung und Wirksamkeit autonomer Vertragsbindungen im Verkehrsrecht, Druckschriften des Deutschen Anwaltsvereins, Nr. 33, 1931, S. 18 ff; Schneider NJW 54, 134; Isele JUS 61, 309. Beispiele für eine Anerkennung des Preisarguments aus der uneinheitlichen Rspr.: RGZ 20, 117 (Frachtbedingungen); RGZ 81, 320 (Schleppbedingungen); BGH NJW 59, 39; BGH NJW 59, 1423 (beide Entscheidungen betreffen Elektrizitätsversorgungsunternehmen); BGH NJW 68, 1720 (Bewachungsbedingungen für Kfz. -Parkplätze).

- Ein ganz unmittelbarer Zusammenhang besteht etwa in den Fällen, da dem Käufer in den Geschäftsbedingungen die Fracht- und Lieferkosten aufgebürdet werden. Ganz deutlich wird diese wechselseitige Abhängigkeit dann, wenn der Verkäufer seine AGB dahingehend abändern würde, daß nunmehr er für die Frachtkosten aufzukommen hätte; die ganz normale und kaum anfechtbare Folge wäre, daß nunmehr der eigentliche Kaufpreis um den entsprechenden Betrag erhöht werden würde. Der einzige Unterschied zwischen beiden Fällen besteht darin, daß den Käufer die Kostentragungspflicht einmal als Nebenleistungspflicht und das andere Mal als untrennbarer Teil der Hauptleistungspflicht, nämlich Zahlung des Kaufpreises, trifft.

Fälle dieser Art - so unbestreitbar der bei ihnen bestehende wirtschaftliche Zusammenhang zwischen AGB und kalkuliertem Preis ist - sind jedoch im Rahmen der hier interessierenden Problematik unbeachtlich. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Käufer - auf welche Art auch immer - alle die Kosten zu tragen hat, die bis zur endgültigen Bereitstellung der Leistung anfallen. Dem entspricht es, daß die Auferlegung der Frachtkosten in den AGB rechtlich unbedenklich erscheint.

- Problematisch allein ist, ob der Unternehmer sich von der Haftung für Leistungsstörungen bzw. für Risiken, die gewissermaßen "außerfahrplanmäßig" während oder nach dem Leistungsaustausch eintreten können, rechtswirksam freizuzeichnen vermag, und zwar mit der Begründung, er habe den Preis dementsprechend niedriger veranschlagt.

Zu den somit angesprochenen Regelungsbereichen gehören Gerichtsstandsklauseln und Rücktrittsvorschriften, vor allem aber auch Haftungsfragen im allgemeinen und Gewährleistungsbestimmungen im besonderen.

Ein Beispiel v. Brunn, vorgetragen anlässlich des 41. Deutschen Juristentages,⁹⁾ mag das Problem verdeutlichen: Während die internationale Automobilindustrie im allgemeinen nur eine 6-monatige Garantie für Neuwagen einräumt, gewährt die Fa. Rolls-Royce für ihre Fahrzeuge eine "lebenslängliche" Garantie. Dementsprechend sei, so v. Brunn, der im Kaufpreis für Garantieleistungen enthaltene Betrag auch 10mal so hoch wie bei herkömmlichen Fabrikaten, Rolls-Royce-Fahrzeuge folglich ganz erheblich teurer. Ein anderes Beispiel betrifft den gängigen Haftungsausschluß für mittelbare Schäden: würde er nicht "vereinbart", so müßte zum Kaufpreis ein Risikozuschlag aufgeschlagen werden, um hiermit die durch mittelbare Schäden möglicherweise ausgelösten Kosten abdecken zu können.

In beiden Fällen liegt ganz offensichtlich ein wirtschaftlicher Zusammen-

9) Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 33 f.

hang zwischen Geschäftsbedingungen und Preis vor. Allerdings sind gerade zu dem "Rolls-Rocye"-Beispiel zwei einschränkende Anmerkungen geboten: zum einen handelt es sich nicht um einen der allein gefährlichen Fälle der Verkürzung gesetzlicher Gewährleistungsrechte, sondern vielmehr im Gegenteil um eine ganz außergewöhnliche Sonderleistung des Unternehmers. Es erscheint nicht unbillig, daß der hieran interessierte Kunde auch den entsprechend hohen Preis zu zahlen hat.¹⁰⁾

Zum anderen ist folgendes zu bedenken: Vordergründig betrachtet erkaufte der Käufer des Rolls-Rocye durch den erheblich erhöhten Preis die Dauergarantie. Im Grunde genommen sind jedoch die Ausgestaltung der Garantie, mithin die AGB, nur von sekundärer Bedeutung; Primär zahlt der Rolls-Rocye-Käufer den exzeptionellen Preis, weil er sich einen Wagen von entsprechend besserer Qualität erwartet. Die verlängerte Garantie ist für ihn nur ein Indiz für die besondere Qualität des Fahrzeugs. In dieselbe Richtung gehen umgekehrt die maßgeblichen Erwägungen des Verkäufers: nur weil die Qualität seines Erzeugnisses so herausragend ist, glaubt er es sich leisten zu können, eine wesentlich längere Garantie dafür einräumen zu können. Die Ausgestaltung der formularmäßigen Gewährleistung richtet sich daher primär nach der Qualität der Ware und nicht nach dem kalkulierten Preis.

Zurück zur grundsätzlichen Ausgangsfrage: wenngleich es verfehlt wäre, die wirtschaftliche Wechselbeziehung zwischen Preisgestaltung und Geschäftsbedingungen völlig zu negieren, so geht doch die hier allein entscheidende Frage dahin, ob derartige preiskalkulatorische Überlegungen auch bei der rechtlichen Würdigung von AGB berücksichtigungsfähig sind.

Diese Frage aber ist aus rechtlichen und nicht zuletzt auch aus rein praktischen Erwägungen zu verneinen.

- Wo es - wie hier beim Problem der inhaltlichen Gültigkeitsgrenzen von AGB - um Rechtsfragen, um Fragen des materiellen Gerechtigkeitsgehalts geht, kann alleiniger Gültigkeitsmaßstab nur die Rechtsidee sein. Das Recht steckt den Rahmen ab, innerhalb dessen die wirtschaftlichen und sonstigen Beziehungen der Rechtsgenossen gestaltet werden dürfen. Danach ist allein maßgeblich, ob die jeweiligen AGB mit den von der Rechtsordnung gesetz-

10) Vgl. auch Mroch a. a. O. S. 68.

ten Maßstäben vereinbar sind;¹¹⁾ bei der kalkulatorischen Bemessung des Preises hingegen handelt es sich um einen dem untergeordneten, auf einer völlig anderen, kaufmännischen Ebene angesiedelten Sachkomplex. Darüberhinaus ist es im Rechtsstaat untragbar, daß die Gültigkeit einer an sich rechtswidrigen Vertragsordnung gewissermaßen "erkauft" werden kann; darauf aber ließe das rechtliche Anerkenntnis einer relevanten Abhängigkeit zwischen AGB und Preis hinaus.

Daneben streiten auch mehr praxisorientierte Überlegungen für dieses Ergebnis: schon bei den beiden oben angeführten Beispielen ließe sich die kalkulatorische Auswirkung der formularmäßigen Gewährleistung auf die Preisgestaltung nur sehr schwer bestimmen und - was von besonderer Bedeutung ist - bei der richterlichen Überprüfung nur und höchstens in Annäherungswerten nachkontrollieren.

Denn bei jeglichem Versuch, vom BGB abweichende Gewährleistungsregeln in ihrer kalkulatorischen Auswirkung auf den Preis zu bestimmen, benötigte man eine Fülle von Informationen: angefangen von der Zahl der getätigten Leistungen über den darauf üblicherweise entfallenden Prozentsatz fehlerhafter Leistungen bis hin zu der erforderlichen Differenzierung der verschiedenen Fehlerquellen (wichtig wegen jeweils unterschiedlichem Kostenanfall). Auch müßten z. B. Unterlagen verfügbar sein, aus denen die statistischen Häufungspunkte des zeitlichen Eintritts der verschiedenen Fehlerquellen ersichtlich sind, sowie innerbetriebliche Daten über die Kulanzpraktiken des jeweiligen Unternehmens einsehbar sein.

Zumindest bei neu auf den Markt kommenden Erzeugnissen müßte man sich - gerade was die wichtige Schadensanfälligkeit angeht - auf völlig vage Schätzungen verlassen.

11) Dies ist die auch in der Literatur überwiegend vertretene Meinung: vgl. Möller, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages E 40; Fischer BB 57, 485; Raiser a. a. O. S. 290; Lukes JUS 61. 306; Schmidt-Salzer NJW 69, 290 f. So heute auch im Grundsätzlichen die Rspr., vgl. BGHZ 22, 98: "Die Verkäufer müssen ihre Preise nach solchen Bedingungen kalkulieren, die sich mit den Geboten von Treu und Glauben vereinbaren lassen . . . Die Möglichkeit, daß bei rechtlich unbilligen Verkaufsbedingungen dadurch unter Umständen auch für den Käufer ein wirtschaftlich etwas günstigerer Preis kalkuliert werden kann, vermag ein solches - nämlich rechtlich unbilliges - Verhalten nicht zu rechtfertigen". Auf derselben Linie liegen BGHZ 32, 218; OLG Celle BB 60, 305. Zur Entwicklung der Rspr. in diesem Punkt vgl. Hart, Kritische Justiz 71, 273.

Ob die Masse der Unternehmer derartige diffizile preiskalkulatorische Erwägungen tatsächlich anstellt, ob sie vor allem Freizeichnungen in AGB dem Kunden bei der Preisfestsetzung wirklich zugutekommen läßt, soll hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls kam Kliege bei seiner wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Verhältnisses zwischen AGB und kalkuliertem Preis zu dem Ergebnis,¹²⁾ daß die einseitige Gestaltung der Bedingungen nicht durch ein erkennbares Entgegenkommen in der Preiskalkulation aufgewogen wird. Unbeschadet dessen bleibt jedenfalls als Kernproblem festzuhalten, daß es sich bei jedweden Kalkulationsfragen um stark subjektivierte Schätzungen handelt, die naturgemäß kaum oder zumindest nur in weiten Grenzen nachvollziehbar und nachprüfbar sind. Zudem sind die Preiseinflüsse bei den Freizeichnungsklauseln in aller Regel noch von anderen Kalkulationsfaktoren überdeckt, sodaß sich schon von dorthier ein einwandfreier Kausalzusammenhang zwischen Freizeichnung und Preissenkung nicht nachweisen läßt.¹³⁾ Würde man ungeachtet dessen preiskalkulatorische Erwägungen bei der AGB-Inhaltskontrolle anerkennen, so wäre den Unternehmen damit eine Einbruchstelle für unkontrollierbare Scheinbegründungen eröffnet. Die Gerichte - und das ist von besonderer Wichtigkeit - wären vollends überfordert, wenn sie derartige preiskalkulatorische Erwägungen anerkennen bzw. auf ihre Angemessenheit hin überprüfen müßten. Insoweit besteht eine starke Parallellität zu den bereits oben¹⁴⁾ dargelegten Bedenken gegen eine Berücksichtigung betriebsinterner Faktoren. Hier wie dort wäre die Rechtsprechung zur Ermittlung von Umständen gehalten, die ihrem Wesen nach der betrieblichen "Intimsphäre" zuzurechnen sind und für deren adäquate Würdigung ihr die Zivilprozeßordnung die erforderlichen Handhaben vorenthält. Dem entspricht es, daß die Unternehmen nur aufgrund freiwilligen Entscheids derartige preiskalkulatorische Zusammenhänge ungekürzt preiszugeben hätten. Die schon von ihrem Wesen her nur schwer überprüfbaren Preiskalkulationen würden durch dieses einseitige unternehmerische Auswahlmessen in noch größerem Maße manipulationsanfällig.

- Es greift aber noch ein weiteres, für sich allein schon ausreichendes Bedenken Platz: würde man einen rechtlich relevanten Zusammenhang zwischen Preis- und AGB-Gestaltung anerkennen mit der Folge, daß ein Unter-

12) a. a. O. S. 139.

13) Vgl. Kliege a. a. O. S. 67.

14) Vgl. oben Kapitel IX Ziffer 6.2.3.

nehmer hinsichtlich seiner als unbillig angegriffenen AGB einwenden könnte, er habe den Preis der Leistung dementsprechend niedriger kalkuliert, so würde dies zu einer mittelbaren gerichtlichen Kontrolle des "gerechten" Preises führen. Denn der Verfasser der strittigen AGB wird in diesem Falle darauf verweisen, daß er das geforderte Entgelt bei "ausgewogeneren" AGB um einen bestimmten Prozentsatz höher festgesetzt hätte. Um die Stichhaltigkeit dieser Argumentation zu überprüfen, wäre die Judikative gehalten, den eigentlich "gerechten" Preis zu ermitteln; denn um bei dubiosen Klauseln stereotype Hinweise auf angeblich entsprechend niedrigere Preiskalkulationen gegebenenfalls abblocken zu können, muß der Richter zunächst prüfen, welches der eigentlich normale, gerechte, der Grundpreis gewesen wäre. Erst nach Klärung dieser Vorfrage vermag er zu ermitteln, ob vom Unternehmer überhaupt ein geringeres Entgelt gefordert wird. Damit aber wäre der Rechtsprechung mittelbar die Kontrolle des "gerechten" Preises übertragen, obwohl unser geltendes Recht es bis auf seltene Ausnahmefälle unstreitig nicht als seine Aufgabe ansieht, eine adäquate Preisgestaltung im Wirtschaftsleben zu gewährleisten.¹⁵⁾ Die Preisbildung wird vielmehr den ökonomischen Marktgesetzen von Angebot und Nachfrage überlassen.

- Schließlich bleibt noch ein letzter Punkt zu klären: Wenngleich sich diese Ansicht von der rechtlichen Unbeachtlichkeit etwaiger, zwischen AGB und Preiskalkulation bestehender Wechselbeziehungen in der Literatur mittlerweile weitgehend durchgesetzt hat, läßt die Rechtsprechung des BGH - trotz grundsätzlicher Zustimmung¹⁶⁾ - für bestimmte Sonderbereiche Ausnahmen zu.

Diese betreffen einerseits die Stromlieferungsbedingungen von Elektrizitätsversorgungsunternehmen¹⁷⁾ sowie andererseits die AGB von Kfz.-Bewachungsbetrieben.¹⁸⁾ In allen diesen Entscheidungen geht der BGH mit keinem Wort auf den von ihm selbst verfochtenen Grundsatz der Unbeachtlichkeit des Preisarguments ein. Vielmehr erkennt er gleichsam als selbstverständlich an, daß Freizeichnungen in diesen Sachbereichen auch dadurch gerechtfertigt sein können, daß sie Preiserhöhungen einbehrlich machen, die dem Interesse der Allgemeinheit abträglich wären. — Abgesehen davon, daß diese Ausnahmere-

15) Vgl. vor allem Raiser a. a. O. S. 289; derselbe in: Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages E 26; Mroch a. a. O. S. 67.

16) Vgl. BGHZ 22, 98; BGH NJW 61, 213.

17) Vgl. BGH NJW 59, 39; BGH NJW 59, 1423.

18) Vgl. BGH NJW 68, 1718 ff. Ähnlich auch für die Frachtbedingungen, vgl. BGH VersR 60, 729.

gel ohne nähere Begründung bleibt, ist dem BGH bei dieser einschränkenden Rspr. auch aus anderen Gründen nicht zu folgen: Zum einen unterzieht das Gericht die angeblichen preiskalkulatorischen Argumente in keiner Weise, nicht einmal im Ansatz, einer Überprüfung, etwa dahingehend, ob und inwieweit die umstrittenen Freizeichnungen bereits jetzt tatsächlich ihren Niederschlag im Preisgefüge finden. Mit dieser unkritischen Pauschalargumentation aber umgeht der BGH alle oben aufgezeigten praktischen Schwierigkeiten, wie die der Überprüfung betriebsinterner Preiskalkulationen oder der unumgänglichen mittelbaren Kontrolle des eigentlich "gerechten" Preises. Damit negiert der BGH Probleme der Rechtsfindung, die mitverantwortlich sind für die Ablehnung des preiskalkulatorischen Arguments.

Zum zweiten hat das Gericht in diesen Entscheidungen die eigentliche und ausreichende Begründung für die Freizeichnungen teilweise bereits selbst gegeben: für die Stromversorgungsbetriebe z. B. ergibt sie sich aus dem hier besonders großen Betriebsrisiko, da bereits nur vorübergehende Unregelmäßigkeiten in der Stromzuführung bzw. Spannungsschwankungen zu Folgeschäden und Schadensersatzansprüchen führen können, die in ihrer Höhe unübersehbar sind.¹⁹⁾ Allein aus diesen berücksichtigungsfähigen Eigenheiten der Leistung folgt die Angemessenheit weitgehender Freizeichnungsbedingungen: der Stützung durch preiskalkulatorische Gründe hätte es insoweit überhaupt nicht mehr bedurft.

Zusammenfassend und abschließend ist demnach festzuhalten, daß preiskalkulatorische Erwägungen bei der Inhaltskontrolle von AGB unter keinen Umständen zu berücksichtigen sind.

3. 3. 2. Mit dem Vorangegangenen in engem Zusammenhang²⁰⁾ steht die Frage, ob die Möglichkeit des Kunden, sich gegen bestimmte Risiken der Leistung versicherungsmäßig abdecken zu können, bei der AGB-Inhaltskontrolle zu berücksichtigen ist. Ganz konkret: Vermag eine solche Versicherungsmöglichkeit eine weitreichende Haftungsfreizeichnung des Unternehmers zu rechtfertigen?

Auch hier ist wiederum zunächst festzustellen, daß beim anliegenden Problem der Grenzziehung materiellen Rechts derartige rein ökonomische Betrachtungen grundsätzlich fehl am Platze sind.²¹⁾ Auch hier kann es entscheidend nur darauf ankommen, ob sich etwa aus den besonderen Umständen des Rechtsgeschäftstypus Gründe ergeben, die bestimmte Freizeichnungen

19) Vgl. BGH NJW 59, 39; BGH NJW 59, 1423.

20) Vgl. auch Kliege a. a. O. S. 48.

21) Vgl. Raiser a. a. O. S. 310.

gen als angemessen erscheinen lassen.

Demgegenüber stellt sich die höchstrichterlicher Rspr. tendenziell auf einen entgegengesetzten Standpunkt: danach kann es bei Prüfung der Frage, ob ein Haftungsausschluß in AGB gegen Treu und Glauben verstößt, von entscheidender Bedeutung sein, ob die jeweiligen Kunden sich versicherungsmäßig abdecken können und dies normalerweise auch tun.²²⁾

Sehr zu recht verweist Schmidt-Salzer²³⁾ auf die Schwächen dieser Argumentation, die geradezu zu einer Umkehrung des, die Lehre von den besonderen Inhaltsgrenzen der AGB tragenden Schutzgedankens führen. Denn letztlich läuft dieser Gedankengang darauf hinaus, "daß die Kunden zunächst durch die von den Unternehmen angewandten Haftungsfreizeichnungen zur Aufnahme von Schadensversicherungen gezwungen werden, damit sie nicht völlig schutzlos dastehen; hierauf wird dann die Haftungsausschlußklausel mit der Begründung für rechtswirksam erklärt, daß der Kunde einen eventuellen Schaden durch Aufnahme einer Kaskoversicherung abdecken könne und dies normalerweise auch tue".²³⁾

Diese Rechtsprechung geht von einem unzutreffenden rechtlichen Ausgangspunkt aus: zwar ist es richtig, daß das wirtschaftliche Interesse des Kunden kaum dadurch berührt wird, ob ein eigener Kaskoversicherer oder ein Haftpflichtversicherer des Unternehmens den Schaden trägt.²⁴⁾ Einmal fallen ihm die Versicherungsprämien direkt zur Last, das andere Mal indirekt durch Verrechnung im Kaufpreis.

Die ausschlaggebende rechtliche Frage aber geht doch dahin, ob der Unternehmer seine Leistung bei weitestgehender Haftungsfreizeichnung überhaupt anbieten darf. Die Versicherbarkeit hingegen ist immer nur von sekundärer Bedeutung; sie kann nachträglich, sofern eine Freizeichnung billig und ge-

22) Grundlegend BGHZ 33, 220 f. Weiterhin: BGHZ 38, 186; BGH VersR 62, 24; BGH NJW 62, 1196; BGH Betr. 66, 936; OLG Karlsruhe VersR 71, 159. Dies gilt allerdings nur insoweit, als durch die Haftungsfreizeichnung der Versicherungsschutz nicht gefährdet ist, vgl. BGHZ 33, 220. Zustimmend: Schlegelberger-Hefermehl, Kommentar zum HGB, 4. Auflage, III. Band, 1965, Rdnr. 107 zu § 346; ebenso Fischer BB 57, 485. Auch Schmid-Loßberg, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages, E 11, weist auf diesen Gesichtspunkt hin.

23) Schmidt-Salzer, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, 1967, S. 244.

24) Vgl. BGHZ 33, 220 sowie Meiß VersR 60, 961.

recht ist, die dem Käufer dadurch entstandenen Haftungslücken abdecken helfen.²⁵⁾ Eine nicht zu unterschätzende ökonomische Erwägung spricht ebenfalls für dieses Resultat: es erscheint ebenso vorteilhaft wie billig, wenn der mit den wirklichen Risiken seiner Leistung am besten vertraute Unternehmer den Versicherungsabschluß tätigt. Er vermag unter Verwertung dieser Kenntnisse am besten zu überblicken, welcher Versicherungsschutz erforderlich, aber auch ausreichend ist, er vermag kraft dieser Kenntnisse sowie dank seiner größeren wirtschaftlichen Macht beim Versicherer bessere Konditionen auszuhandeln. Auch erscheint es wirtschaftlich sinnvoller und rationeller, wenn der Unternehmer einmal Versicherungsschutz für alle seine Leistungen vereinbart, als wenn jeder einzelne Kunde jeweils wieder aufs neue diesen möglicherweise umständlichen Weg zu beschreiten hätte.

Im Grunde genommen dient diese Rechtsprechung lediglich ⁸dazu, dem Unternehmer eine irreführende Preiskosmetik zu ermöglichen, indem er den für die Leistung eigentlich erforderlichen Gesamtaufwand niedriger darzustellen vermag als er in Wirklichkeit ist. Solch irreführende Preiskosmetik kann aber gerade für die große Masse der geschäftlich unerfahrenen und damit der eigentlich besonders schutzwürdigen Kunden zu folgenreichen Nachteilen führen: Entweder sie werden sich der Möglichkeit und Notwendigkeit eines Versicherungsschutzes überhaupt erst gar nicht bewußt oder aber sie unterliegen - da sie im Gegensatz zum Verkäufer die möglichen Risiken der Leistung nicht annähernd zu überblicken vermögen - der eventuell folgenreichen Fehlkalkulation, am falschen Platze sparen zu können.

Es bleibt festzuhalten, daß auch die Möglichkeit für den Kunden, einen Versicherungsschutz in Anspruch zu nehmen, vom Gesetz abweichende, unangemessene AGB nicht zu rechtfertigen vermag.

6.3.3. Nach Schmidt-Salzer²⁶⁾ läßt sich die Rechtsprechung zu den Inhaltsgrenzen von AGB auf zwei selbständig nebeneinander stehende Kriterien reduzieren, auf die sachliche Angemessenheit einerseits sowie auf das Kriterium der Üblichkeit andererseits.

Im Verhältnis beider Kriterien zueinander sei logisch vorrangig die Frage der Üblichkeit:²⁷⁾ im Falle der Verneinung stelle sich die Frage der sach-

25) Vgl. Möller, Verhandlungen d. 41. Dtsch. JurTages E 40.

26) Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der NJW, Heft 11, 1971, Rz. 126.

27) Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 128.

lichen Angemessenheit überhaupt nicht mehr. Danach sei bei der AGB-Inhaltskontrolle wie folgt vorzugehen:

- Klauseln, die für die einschlägige Wirtschaftsbranche und den betreffenden Vertragstyp unüblich sind, sind unwirksam, gleichgültig ob sie sachlich gerechtfertigt sind oder nicht.
- Klauseln, die sich als sachlich unangemessen erweisen, sind unbeachtlich etwaiger Üblichkeit unwirksam.

Diese Ansicht kann sich in der Tat auf eine Vielzahl von Entscheidungen²⁸⁾ stützen, in denen im Rahmen der Überprüfung von AGB das Kriterium der Üblichkeit bemüht wird. Insoweit besonders deutlich - vor allem was die verschiedenen Funktionen anlangt, in denen dieses Merkmal Verwendung findet - ist die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 16.11.1970:²⁹⁾

"Stillschweigende Unterwerfung ist anzunehmen, wenn der Kunde damit rechnen muß, daß der Unternehmer seinen Verträgen AGB zugrunde zu legen pflegt, d.h. wenn diese in der Branche allgemein üblich ... sind ... Die stillschweigende Unterwerfung des Kunden, der den Inhalt der AGB im einzelnen nicht kennt, bezieht sich doch nur auf solche Klauseln, die allgemein üblich ... sind. Das Einverständnis umfaßt nicht unangenehme, überraschende Klauseln, mit deren Aufstellung er billiger- und gerechterweise nicht zu rechnen braucht."

Einmal wird hier also das Kriterium der Üblichkeit herangezogen, um Geschäftsbedingungen trotz Unkenntnis des Kunden überhaupt zum Vertragsinhalt zu machen; das andere Mal wird es dazu verwendet, die stillschweigende Unterwerfungserklärung fiktiv auf die üblichen Klauseln zu beschränken. Hier ist die "Üblichkeit" allein in dieser zweiten Funktion von Interesse. Schon die dogmatische Einordnung dieses einschränkenden Kriteriums bereitet Schwierigkeiten³⁰⁾ und auch die Rechtsprechung läßt insoweit keine klaren Linien erkennen.³¹⁾

28) OLG Karlsruhe VersR 71, 160; BGHZ 17, 3; 33, 219; 38, 185; BGH NJW 65, 246; LG Tübingen NJW 64, 1799. Aus der reichsgerichtlichen Rspr.: RGZ 103, 86; 112, 259; RG JW 31, 1958.

29) VersR 71, 160.

30) Vgl. Schmidt-Salzer, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, 1967, S. 235 ff. Kritisch vor allem Raiser a. a. O. S. 199 ff; Mroch a. a. O. S. 12 ff. Vgl. hierzu auch oben Kapitel II Ziffer 1.2.

31) Während noch die Entscheidungen BGHZ 17, 3 sowie BGHZ 33, 219 die Üblichkeit im Rahmen der Auslegung des "Unterwerfungswillens" des Kunden prüfen, kann die Entscheidung BGHZ 38, 185 insoweit nurmehr

Analysiert man diese Rspr., so zeigt sich, daß hier eine fiktive Begrenzung der, in den meisten Fällen ebenfalls nur fingierten stillschweigenden Unterwerfung des Kunden unter die AGB des Unternehmers vorliegt. Es wird fingiert, daß der Kunde sich nur den üblichen Klauseln einer vorformulierten Vertragsordnung unterwerfe.

Im Grunde genommen aber handelt es sich hierbei eigentlich um eine verkappte Inhaltskontrolle von AGB, ³²⁾ sodaß es unter diesem Aspekt nur folgerichtig erscheint, wenn Schmidt-Salzer das Üblichkeitskriterium gleichberechtigt neben dem Maßstab der sachlichen Angemessenheit für die Bestimmung der Inhaltsgrenzen von AGB verwendet.

Dennoch kann diesem Kriterium bei der Konkretisierung der inhaltlichen Schranken von AGB - und allein darum geht es hier - keine Bedeutung zugemessen werden.

Dies folgt einmal aus den aufgezeigten rechtsdogmatischen Bedenken: während es bei der direkten Inhaltskontrolle um die Prüfung der Frage geht, ob und inwieweit bereits "vereinbarte" AGB inhaltlich zu beanstanden sind, geht es dort um die logische Vorfrage, ob Geschäftsbedingungen - einmal unbeachtlich ihres etwa beanstandenswerten Inhalts - überhaupt Bestandteil eines Individualvertrags geworden sind.

Weiterhin verkennt Schmidt-Salzer, indem er die "Üblichkeit" ganz allgemein als Kriterium für die Inhaltskontrolle der Rechtsprechung glaubt entnehmen zu können, daß dieses Merkmal nur in den Fällen einer "stillschweigenden Unterwerfung" zum tragen kommt. ³³⁾

Zum einen ist in den Fällen einer ausdrücklichen Zustimmung auch nach der Rechtsprechung dieser Rückgriff auf die Fiktion einer eingeschränkten Unterwerfungserklärung nicht eröffnet. ³⁴⁾ Zum anderen fehlt auch in solchen Fällen die hinter dieser Rechtsprechung stehende Motivation, den Kunden deshalb besonders zu schützen, weil er AGB - im Gegensatz zu Indivi-

als direkte Inhaltskontrolle verstanden werden. Ebenso BGH NJW 70, 30.

32) Vgl. auch Mroch, a.a.O. S. 15, der diese Rspr. als eine "blendende Konstruktion mit Begriffen um eines vorgefaßten Ergebnisses um jeden Preis willen" bezeichnet. Vgl. auch die Kritik von Raiser in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Heft 41, 1968, S. 130; Rehbinder, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, 1972, S. 23.

33) Besonders deutlich: OLG Karlsruhe VersR 71, 160.

34) Vgl. Mroch a.a.O. S. 15.

dualvereinbarungen - schon unter sehr erleichterten Bedingungen und gegebenenfalls auch ohne deren konkrete Kenntnis gegen sich gelten lassen muß.³⁵⁾ Stimmt der Kunde den AGB ausdrücklich zu, so entfällt seine besondere Schutzbedürftigkeit und damit auch die rechtspolitische Zielsetzung dieser Rechtsprechung.

Eine Berücksichtigung des Üblichkeitskriteriums aber allein in den Fällen der "stillschweigenden Unterwerfung" widerspräche dem Grundsatz der Rechtssicherheit und erscheint nicht gangbar.

Abgesehen von diesen Bedenken ist die Anerkennung dieses Kriteriums bei der AGB-Inhaltskontrolle jedoch auch aus anderen Gründen abzulehnen: Auch hier wiederum trifft der Grundgedanke zu, daß bei der Bestimmung materiell-rechtlicher Schranken die Üblichkeit als Ausdruck der tatsächlichen Verbreitung bestimmter Klauseln rechtlich irrelevant sein muß. Die Kriterien von Recht und Billigkeit einerseits, sowie der rein faktischen Verbreitung andererseits liegen auf zwei verschiedenen, grundsätzlich voneinander unabhängigen Ebenen. Zwar geht Schmidt-Salzer keineswegs so weit, daß er aus der Feststellung der Üblichkeit von Geschäftsbedingungen irgendwelche positiven Schlußfolgerungen für deren Angemessenheit ziehen würde;³⁶⁾ übliche AGB müssen nach seiner These darüberhinaus immer auch noch sachlich angemessen sein.³⁷⁾

Andererseits aber scheidet nach seiner Ansicht eine Rechtswirksamkeit von AGB notwendigerweise bereits dann aus, wenn diese in der Branche unüblich sind. Es wird also negativ ausgeschlossen, daß unübliche AGB unter irgendeinem Gesichtspunkt rechtens sein könnten.

Dieser Ausgangspunkt ist verfehlt: es kann durchaus unübliche Geschäftsbedingungen geben, die rechtlich einwandfrei sind³⁸⁾ oder die sogar - abweichend von den branchenüblichen AGB- den vertragsunterworfenen Kunden besserstellen.³⁹⁾

35) Vgl. oben Kapitel II Ziffer 1.2.

36) Diesen Schluß scheint jedoch W. Weber, JZ 72, 326, aus Schmidt-Salzer's Ausführungen herauszulesen: "Daß viele AGB und Klauseln in ihnen üblich sind, würde sie jedoch keineswegs einwandfrei machen, da viele Aufsteller von AGB üblicherweise die gleichen, untragbaren Klauseln verwenden".

37) Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 126, 128.

38) Vgl. auch Grunsky BB 71, 1114; W. Weber JZ 72, 326.

39) Würde man Schmidt-Salzer beim Worte nehmen, so müßte er die unübliche "lebenslängliche" Garantie bei Rolls-Royce als rechtswidrig brandmarken!

Die unerwünschte Konsequenz dieser Meinung wäre, daß jedes wettbewerblich oder sonstwie motivierte, den Kunden begünstigende Ausscheren eines Unternehmers aus dem Rahmen der in seiner Branche üblichen Bedingungen, sogar von Rechts wegen unmöglich gemacht würde. So wenig geeignet AGB auch für Wettbewerbszwecke erscheinen, so bedenklich mutet es doch an, in einer Zeit des Wettbewerbsschwunds in allen Wirtschaftsbereichen nunmehr sogar ein Wettbewerbsverbot für AGB zu statuieren.

Welch negativen Entwicklungen eine Berücksichtigung des Üblichkeitskriteriums im Rahmen der Inhaltskontrolle von AGB den Weg zu bahnen vermag, wird zum Beispiel deutlich an einer BGH-Entscheidung ⁴⁰⁾ jüngeren Datums.

Bei der inhaltlichen Überprüfung des Abschnitts I Nr. 3 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen und Girozentralen (Ausgabe 1957), einer Klausel, die der Nr. 23 der AGB der Banken entspricht, wird die dort "vereinbarte" weitreichende Schadensersatzverpflichtung ⁴¹⁾ des Kunden u. a. mit folgender Begründung rechtfertigt:

"Eine besondere Hinweispflicht der Bank wegen der weittragenden Abrede ... besteht nicht, weil der Kunde mit umfassenden und einschneidenden Regelungen (z. B. Freizeichnungen) in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen rechnen muß", ⁴²⁾

Mit anderen Worten: Weil diese Wirtschaftsbranche ihre streng einseitigen und weittragenden Freizeichnungen in der Praxis durchzusetzen vermochte, derartige Bedingungen nunmehr "üblich" sind, erklärt der BGH nunmehr auch den letzten, wenn auch mehr theoretischen Kundenschutz in Form einer besonderen Hinweispflicht der Banken für überflüssig. Eine solche Rechtsprechung erscheint geeignet, die Wirtschaft geradezu zur Nachahmung solcher Praktiken aufzufordern.

Eine zweite, nicht minder gewichtige Gefahr ist nicht auszuschließen: wenngleich es nach der Rechtsprechung, vor allem aber nach der Meinung Schmidt-Salzer's, neben der Üblichkeit auch noch auf die sachliche Angemessenheit der AGB ankommt, steht für die Rechtspraxis zu befürchten, daß sie - bewußt oder unbewußt - dem unzulässigen Schluß von der Üblichkeit auf die Angemessenheit von AGB erliegt oder sich gar schon mit der Feststellung der Üblichkeit allein zufriedengibt.

Demgegenüber bestehen aber grundsätzlich keine Bedenken, dem Merk-

40) BGH Urf. v. 5. 5. 1969 - II ZR 263/67 (Oldenburg) in NJW 69, 1485.

41) Vgl. den Wortlaut der Klausel unten auf S. 171.

42) BGH NJW 69, 1485.

mal der Üblichkeit Beachtung zu schenken bei der Frage, ob Geschäftsbedingungen unter erleichterten Umständen Bestandteil eines Vertrages geworden sind, weil die Verwendung des Vertragstyps "AGB" in der betreffenden Branche allgemein üblich ist.⁴³⁾ Hieraus ergibt sich jedoch noch keinerlei Indiz für die weitere, davon streng zu trennende Frage, ob diese AGB inhaltlich auch angemessen sind.

7. Aus der bisherigen AGB-Rechtsprechungspraxis hat sich eine negative Übung herauskristallisiert, die nicht unberücksichtigt bleiben sollte. Zwar wird neben dem Vorliegen eines sachlichen Grundes für die Abweichung auch verlangt, daß die Interessen der zukünftigen Vertragspartner angemessen berücksichtigt worden sind.⁴⁴⁾

In Wirklichkeit jedoch läßt die Judikative es oft genügen, wenn der AGB-Aufsteller von seiner Warte aus sachliche Gründe für das Abgehen vom dispositiven Recht vorbringt. Die Frage hingegen, ob hierbei auch die berechtigten Interessen des "vertragsunterworfenen" Kunden angemessen berücksichtigt worden sind, bleibt in vielen Entscheidungen unbeachtet.⁴⁵⁾

Es seien insoweit nur zwei **Beispielsfälle** herausgegriffen:

- 7.1. Mit Urteil vom 8.10.1969 hat der BGH die - in der Kfz.-Branche im wesentlichen übereinstimmend verwendeten - Geschäftsbedingungen für den Verkauf von gebrauchten Kraftfahrzeugen und Anhängern überprüft und weder als in ihrer Gesamtheit unwirksam bezeichnet, noch die einzelnen beanstandeten Klauseln als unbillig erachtet.⁴⁶⁾

Die Entscheidung ist insgesamt geprägt von dem Bemühen, die vorgelegten AGB zugunsten des Aufstellers als noch gerechtfertigt und wirksam anzusehen. Vor allem bemerkenswert an diesem Urteil ist es jedoch, daß das Gericht es

43) Instruktiv wiederum OLG Karlsruhe VersR 71, 160; vgl. den Entscheidungsauszug oben S. 164.

44) Vgl. z.B. BGHZ 22, 98; 33, 219; 51, 59; BGH NJW 63, 1148.

45) Vgl. auch Schmidt-Salzer a.a.O. Rz. 138; derselbe NJW 71, 1013/1014.

46) BGH VIII ZR 20/68 (Karlsruhe/Freiburg) NJW 70, 29 ff. Anders und insgesamt überzeugender: LG Tübingen NJW 64, 1798 ff, das vor allem immer wieder Vergleiche mit den Einkaufsbedingungen eben desselben Unternehmens zieht. Vgl. zu diesen AGB auch LG Berlin NJW 66, 1818 ff, 1819: "Nahezu der gesamte Inhalt der von dem Beklagten verwendeten umfangreichen Geschäftsbedingungen räumt lediglich dem Verkäufer Rechte ein, während die gesetzlichen Rechte des Käufers soweit wie irgendmöglich eingeschränkt werden."

vielfach sogar unterläßt, die Interessen der Vertragspartner auch nur verbal zu erwähnen, geschweige denn materiell zu berücksichtigen.

Nur zwei Beispiele mögen dies verdeutlichen:

- 7.1.1. Das Schriftformerfordernis für mündliche Nebenabreden wird damit gerechtfertigt, daß es der Beweiserleichterung diene und den Verkäufer in berechtigter Weise vor von ihm nicht gewollten Erklärungen seiner Angestellten und Vertreter schütze.⁴⁷⁾

Die entgegengesetzten Interessen des Vertragspartners werden dabei negiert: da er heutzutage in aller Regel nur mit den Bevollmächtigten eines Unternehmers zu kontaktieren vermag, muß er darauf vertrauen können, daß mit diesen getroffene mündliche Vereinbarungen auch rechtsverbindlich sind. Allein diese Lösung erscheint mit Recht und Billigkeit vereinbar, da diese Erfüllungsgehilfen dem Einfluß- und Risikobereich des Verkäufers angehören, dieser über ihre Anstellung und Verwendung zu entscheiden hat, und auch nur er über ihre Zuverlässigkeit zu befinden vermag. Diese Erwägungen jedoch glaubt der BGH sich sparen zu können: ihm genügt es, daß der Verkäufer ein berechtigtes Schutzbedürfnis aufweist vor mißliebigen Erklärungen seines eigenen Personals.

- 7.1.2. Noch deutlicher sind insoweit die Ausführungen des Gerichts über die Lieferfrist:⁴⁸⁾

"Nach Nr. IV 1 kann der Käufer nach Überschreitung des Liefertermins um 6 Wochen dem Verkäufer eine angemessene Nachfrist mit der Androhung setzen, daß er nach fruchtlosem Ablauf auf Erfüllung klagen oder vom Vertrage zurücktreten werde. Ein Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Nichterfüllung oder Verzugs soll nur bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Vertragsverletzung bestehen. Wenn dagegen der Käufer mit der Übernahme des Wagens länger als 8 Tage im Rückstand bleibt, so ist nach Nr. IV 2 der Verkäufer ohne Setzung einer Nachfrist berechtigt, auf Abnahme zu klagen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Auftrag zurückzutreten. Daß diese Regelung schlechthin dem Gerechtigkeitsgebot widerspricht, läßt sich nicht sagen. Die Klausel über die Lieferfrist gehört zu jenen, mit denen ein Verkäufer seine Haftung für rechtzeitige Lieferung beschränkt. Sie haben ihren wirtschaftlichen Hintergrund darin, daß der Verkäufer sich gegen die Gefahren schützen will, die entstehen, wenn sein Lieferant ihn nicht oder nicht rechtzeitig beliefert.

47) BGH NJW 70, 30.

48) BGH NJW 70, 31.

Solche Abreden sind grundsätzlich nicht zu beanstanden ..."

Das bedeutet also: Der Kunde kann sich erst 6 Wochen nach Überschreitung der Lieferfrist und nach Ablauf einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag lösen; Schadensersatz erhält er erst bei grober Fahrlässigkeit des Verkäufers. Da er insoweit aber beweispflichtig ist, wird ihm diese verbliebene Minimalrechtsposition praktisch in aller Regel nichts nutzen.

Anders die Rechte des Verkäufers: er kann bereits 1 Woche nach Überschreitung der Abnahmefrist ohne Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurücktreten bzw. - was noch bedeutsamer ist - Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, ohne daß dabei nach den AGB ein Verschulden des Käufers vorliegen muß. Zudem erklärt es der BGH in dieser Entscheidung für rechters, ⁴⁹⁾ daß allein dem Verkäufer wahlweise auch ein pauschalierter Schadensersatzanspruch eingeräumt wird.

Indem das Gericht diese sehr unterschiedliche Regelung damit rechtfertigt, daß der Verkäufer sich zu recht gegen Gefahren schützen müsse, die für ihn durch verspätete Lieferungen seines Vorlieferanten entstehen könnten, so erscheint diese Argumentation ebenso oberflächlich wie einseitig. ⁵⁰⁾

Denn es ist eine branchenübliche Erscheinung im Gebrauchtwagenhandel, daß der Kunde nur ganz konkrete Objekte erwirbt, nämlich solche Gebrauchtwagen, die auf dem Lagerplatz des Händlers stehen und dort durch Interessenten begutachtet werden können. Regelmäßig ist in diesen Fällen der Vorlieferant des Gebrauchtwagenhändlers seinen Leistungspflichten bereits nachgekommen. ⁵¹⁾ Besondere schutzwürdige Lieferungsschwierigkeiten bestehen demnach in dieser Branche gerade nicht.

Hätte der BGH darüberhinaus diese Regelung objektiv und auch unter Einbeziehung der Kundeninteressen gewürdigt, so hätte er zu dem Ergebnis kommen müssen, daß eher eine Umkehrung dieser Fristen dem Wesen derartiger Rechtsgeschäfte gerecht würde: Denn es ist regelmäßig der Käufer, der auf die möglichst baldige Benutzung des Kraftfahrzeugs angewiesen ist, vor allem auch in den häufigen Fällen, da er sich im Vertrauen auf den zugesagten Liefertermin seines alten Fahrzeugs bereits entäußert hat. Unbeschadet dessen wird er jedoch noch ca. 2 weitere Monate fest an den Vertrag gebun-

49) BGH NJW 70, 32.

50) Vgl. auch LG Tübingen NJW 64, 1801; LG Berlin NJW 66, 1819.

51) Sei es, daß er den Gebrauchtwagen schon übereignet hat, sei es - sofern ein Kommissionsgeschäft vorliegt - daß er seine Pflichten als Kommitent bereits erfüllt hat.

den mit einer zudem nur minimalen Aussicht auf Schadensersatz.

Der Verkäufer hingegen ist auf das Fahrzeug nicht angewiesen; es steht unbenutzt auf seinem Lagerplatz; sein Interesse ist das eines jeden Verkäufers: seine Ware möglichst bald gewinnträchtig abzustoßen, um wieder Platz zu haben für neue Verkaufsgüter.

Die Unbilligkeit dieser Bestimmungen wird noch dadurch kumuliert, daß nur der Gebrauchtwagenhändler das Recht hat, wahlweise statt seines tatsächlich entstandenen Schadens einen pauschalierten Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Der BGH führt zur Rechtfertigung aus,⁵²⁾ daß für den Gläubiger im Falle der Vertragsuntreue seines Schuldners ein anerkennenswertes Bedürfnis bestehe, von den mit der Darlegung der Schadenshöhe verbundenen Schwierigkeiten befreit zu sein und die insbesondere beim Gebrauchtwagenhandel ungünstige Beweislage verbessert zu erhalten.

Auch hier wieder dasselbe Bild: Das Gericht stellt einseitig nur auf die Interessen des AGB-Aufstellers ab;⁵³⁾ die diametral entgegengesetzten Interessen des Kunden finden überhaupt keine Erwähnung. Zwar ist die Ausgangsüberlegung, daß besondere Beweisschwierigkeiten dem Gläubiger möglichst erspart werden sollten, durchaus zutreffend. Unbeachtet bleibt hingegen, daß diese Überlegungen hinsichtlich des Käufers, sofern er die nur ihm vorgelagerten Hürden im seltenen Einzelfall einmal überwunden haben und Schadensersatzberechtigt sein sollte, nicht nur gleichermaßen, sondern in noch größerem Maße einschlägig sind: denn seine Beweisschwierigkeiten als Branchenfremder sind wesentlich größer als die des Gebrauchtwagenhändlers als Kenner des Kfz.-Markts und seiner jeweiligen Preise.

7.2. Ähnlichen Bedenken begegnet eine Entscheidung des BGH vom 5. 5. 1969.⁵⁴⁾ Darin wurde die Rechtswirksamkeit folgender Klausel anerkannt:

"Der Kunde trägt den Schaden, der etwa daraus entstehen sollte, daß die Sparkasse von einem eintretenden Mangel in der Geschäftsfähigkeit des Kunden oder seines Vertreters unverschuldet keine Kenntnis erlangt ..."

Die Begründung stützt sich entscheidend auf die Erwägung, daß es angesichts des Grundsatzes der Vertragsfreiheit auch ein Geschäftsfähiger übernehmen könne, für solche Schäden sich zur Ersatzleistung zu verpflichten,

52) NJW 70, 32.

53) Ebenfalls kritisch: LG Tübingen NJW 64, 1801; LG Berlin NJW 66, 1819. Auch Franz, NJW 66, 2343, hält formularmäßige Schadensersatzpauschalierungen für unzulässig.

54) BGH NJW 69, 1485 f.

die er einem anderen im Zustande der Geschäftsunfähigkeit zufügen könnte. Ohne dies im einzelnen näher zu erläutern, führt der BGH weiter aus: "Damit wird nicht der Schutz des Geschäftsunfähigen, dessen rechtsgeschäftliche Erklärungen das Gesetz für nichtig erklärt (§ 105 BGB) in unzulässiger Weise aufgehoben".⁵⁵⁾

Bei der Analyse dieser Entscheidung zeigt sich zum einen, daß der BGH in concreto die für AGB entwickelte verschärfte Inhaltskontrolle grundsätzlich unbeachtet läßt. Denn indem er die Vertragsklausel unter Berufung auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit für zulässig erklärt, übergeht er gerade die bei der Verwendung von AGB entstehende besondere Problematik. Mit solcher Argumentation könnte man nahezu jegliche formularmäßigen Vertragsgestaltungen rechtfertigen, sofern sie sich nur in den letzten Grenzen der §§ 134, 138, 826 BGB noch bewegen.⁵⁶⁾

Andererseits hat das Gericht zwar immerhin noch den, im konkreten Fall maßgeblichen Interessenwiderstreit mit den Regeln über den Schutz der Geschäftsunfähigen, §§ 105 ff BGB gesehen. Durch die weder begründete noch gar bewiesene Behauptung, daß dieser Schutz durch die streitgegenständliche Klausel nicht in unzulässiger Weise aufgehoben worden sei, überspielt der BGH jedoch sofort wieder die eigentliche Problematik. Damit werden gleichzeitig die Interessen des Kunden weder gewürdigt noch gar berücksichtigt: daß die §§ 105 ff BGB den Geschäftsunfähigen vor sich selbst schützen sollen, daß dieser Schutz sogar über den Schutz des Rechtsverkehrs gestellt wird,⁵⁷⁾ wird ebenso negiert wie die Tatsache, daß diesen Vorschriften ein gewichtiges sozialpolitisches Konzept zugrunde liegt.⁵⁸⁾

Die Beispielsfälle haben die Gefahr deutlich gemacht, daß die Rechtspre-

55) BGH NJW 69, 1485.

56) Im Grunde genommen fällt der BGH in dieser Entscheidung in die schon überwunden geglaubte Ansicht zurück, daß das Prinzip der Vertragsfreiheit eine völlige Gleichbehandlung von Individualvertrag und Massenvertrag gebiete, vgl. dazu v. Brunn a.a.O. S. 62 ff, 99.

57) Vgl. RGZ 120, 174.

58) Schmidt-Salzer NJW 71, 1013. Zutreffend weist Schmidt-Salzer auch darauf hin, daß es der BGH ebenso unterlassen habe, zumindest zu prüfen, ob unter Berücksichtigung der Kundeninteressen nicht Entsprechendes für die Geschäftsunfähigkeit von Angestellten der Bank hätte "vereinbart" werden müssen, NJW 71, 1013 Fußnote 37. Vgl. zu diesem Problem auch Haupt a.a.O. S. 68 ff einerseits und Enneccerus-Nipperdey, a.a.O. (2. Halbband), § 150 III, 3 Anm. 5 andererseits.

chung, unbeschadet ihres rechtlichen Ausgangspunktes, in ihrer tatsächlichen Spruchpraxis dazu geneigt ist, der größeren sozialen Macht - ob bewußt oder unbewußt - Tribut zu zollen.⁵⁹⁾

Um dieser Gefahr vorzubeugen und zu wehren, empfiehlt es sich, das Abwägungsgebot auch gesetzlich festzulegen. Die Generalklausel sollte danach demonstrativ darauf abzielen, daß AGB nur dann als recht und billig anzuerkennen sind, wenn auch die Interessen des Kunden angemessen berücksichtigt worden sind.

Ein Problem von erheblicher rechtlicher wie auch praktischer Tragweite besteht darin, ob diese gesetzliche Sonderregelung der AGB für das gesamte Formularwesen⁶⁰⁾ gelten soll oder nur für die Rechtsbeziehungen, bei denen eine der Parteien Letztabnehmer ist oder gar nur in den Fällen, da der jeweilige Vertragspartner schutzbedürftig erscheint.⁶¹⁾

Bei dieser Frage stehen sich im wesentlichen zwei gegensätzliche Wertungsprinzipien gegenüber:

Einerseits die Grundsätze der Verkehrssicherheit und Rechtsklarheit,⁶²⁾ die typisierende, generalisierende und damit innerhalb gewisser Grenzen von den Umständen des Einzelfalles unabhängige Regeln verlangen.⁶³⁾ Diese Rechtsgrundsätze sprechen entscheidend für die erste, umfassende Lösung. Auf der anderen Seite aber fordert das Prinzip der Individualgerechtigkeit, daß immer dann, aber auch nur dann, wenn der "Vertragsunterworfenen" in besonderem Maße schutzwürdig und schutzbedürftig erscheint, die besondere gesetzliche Regelung Platz greift. Wer diesem Gesichtspunkt den Vorrang gibt, wird sich für die dritte, stark differenzierende Möglichkeit aussprechen.

59) Ein weiteres Beispiel dieser Art bietet das Urteil des BGH vom 24. 1. 1963 - VII ZR 100/61, hinsichtlich der hier interessierenden Ausführungen zur Berechtigung des Haftungsausschlusses für mittelbare Schäden vollständig abgedruckt in MDR 63, 494.

60) So der Gesetzentwurf der ASJ Südbayern (vgl. Anlage I) §§ 1, 3 - 5. Ebenso für das richterrechtliche Sonderrecht: Schmidt-Salzer NJW 71, 173; derselbe a. a. O. Rz. 10.

61) Dieser Ansicht neigen für die richterrechtlichen Sonderregeln zu: Lindacher BB 72, 296 ff; Grunsky BB 71, 1114. Ähnlich Fischer BB 57, 486; Räiser a. a. O. S. 286; BGHZ 22, 96.

62) Vgl. zu diesen Grundsätzen Schmidt-Rimpler AcP 147 (1941) S. 133 ff.

63) Schmidt-Salzer NJW 71, 174.

- 8.1. Eine beiden Kriterien hinreichend gerecht werdende Lösung muß diesem dialektischen Verhältnis ⁶⁴⁾ Rechnung tragen: das Postulat der Individualgerechtigkeit darf nur insoweit berücksichtigt werden, wie dies mit der Forderung nach ausreichender Verkehrssicherheit vereinbar ist. Umgekehrt kann die Verkehrssicherheit nur insoweit Beachtung finden, als dies nicht zu einer, für die Individualgerechtigkeit untragbaren Ausgestaltung des Privatrechtsverkehrs führt. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, daß es sich hier um eine gesetzliche Regelung handelt, mit der Folge, daß eine solche bereits per se typisierender, generalisierender Natur sein muß.

Nichtsdestotrotz würde dies grundsätzlich nicht hindern, durch Gesetz die individuelle Schutzbedürftigkeit des jeweiligen Vertragspartners zur Voraussetzung für die Anwendbarkeit der aufgezeigten verschärften AGB-Inhaltschranken zu machen.

Lindacher, ⁶⁵⁾ der sich - allerdings anlässlich der Würdigung der richterlichen AGB-Rechtsfortbildung - zu diesem Weg bekennt, glaubt dem Rechtssicherheitsanliegen dadurch genügend Rechnung zu tragen, daß er den maßgeblichen Begriff der "Schutzbedürftigkeit" durch Bildung bestimmter Fallgruppen ⁶⁶⁾ konkretisiert. So sollen beispielsweise differenzierende Beurteilungen abhängig sein von den "persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten des Kunden", wobei immerhin eine gewisse Nivellierung durch die Einteilung in verschiedene Prototypen wie etwa den "Durchschnittskunden", den "Minderkaufmann" oder den "Vollkaufmann" erreicht wird.

Aber nicht nur daß innerhalb dieser Gruppen weitere Differenzierungen geboten sein sollen, so z.B. zwischen Vollkaufleuten mit und ohne eigene Rechtsabteilung: darüberhinaus sollen verschiedene Maßstäbe anzusetzen sein je nach Umfang, inhaltlicher Komplexität und sprachlichem Abstraktionsgrad der jeweiligen AGB.

So wünschenswert derartige Differenzierungen vom Standpunkt der Individualgerechtigkeit aus auch sein mögen, so unvereinbar sind sie doch mit dem unerläßlichen Streben nach ausreichender Rechtssicherheit, zumindest bei der hier anstehenden wichtigen Frage, für welche Fälle die strengerer AGB-Inhaltsschranken anwendbar oder nicht anwendbar sind. Es hieße die Rechtspraxis überfordern, wenn sie stets derart diffizile Kriterien im einzelnen klä-

64) Schmidt-Salzer NJW 71, 174.

65) BB 72, 296 ff, 298; vgl. auch Grunsky BB 71, 1114.

66) Vgl. im einzelnen BB 72, 298 ff.

ren müßte, um überhaupt erst zu erfahren, ob die besondere gesetzliche AGB-Regelung Anwendung findet.⁶⁷⁾ Zudem könnte es danach im Einzelfall vorkommen, daß ein und dieselben AGB wirksam sind, soweit sie gegenüber Kundengruppen mit überdurchschnittlichen intellektuellen Kenntnissen und Fähigkeiten verwendet werden und daß sie unwirksam sind in den Fällen der Benutzung gegenüber dem Prototyp des "Durchschnittskunden". Als Fazit ist festzuhalten, daß dieser stark differenzierende Weg jedenfalls hier nicht gangbar ist, da er das Postulat der Rechts- und Verkehrssicherheit in unzulässiger Weise vernachlässigt.

8.2. Diesem Gesichtspunkt wird wesentlich stärker Rechnung getragen durch die beiden anderen in Frage kommenden Möglichkeiten.

- Vorweg ist hierzu zu bemerken, daß eine vergleichbare Problemstellung sich bereits ergeben hatte bei der Erörterung des Prüfungsumfangs für eine staatliche AGB-Kontrolle.⁶⁸⁾ Gleichwohl sind die jeweils maßgeblichen Kriterien für die Problemfindung nicht identisch.

Während es hier um die Frage des Geltungsbereichs einer abstrakt-generellen Rechtsnorm geht, kam es dort entscheidend darauf an, ob und in welchem Umfang eine zusätzliche Verwaltungsinstanz erforderlich sei, um die tatsächliche Beachtung des materiellen Rechts sicherzustellen. Es mußte dort also vor allem geprüft werden, in welchen Bereichen Gesetzesrecht zu Lasten schwächerer Vertragspartner erfahrungsgemäß negiert zu werden pflegt und wo daher eine zusätzliche Kontrolle vonnöten ist. Darüberhinaus bestand das spezifische Problem, den Kontrollgegenstand im Hinblick auf den benötigten personellen und sächlichen Verwaltungsapparat möglichst klein halten zu müssen.

Da entsprechende Gesichtspunkte bei der anstehenden Frage nicht einschlägig sind, vermag auch die dort gefundene Lösung - Beschränkung der staatlichen Kontrolle auf Letztverbraucher-AGB - die folgenden Ausführungen nicht zu präjudizieren.

8.2.1. Die Entscheidung muß getroffen werden auf dem Hintergrund der Wechselwirkung zwischen Individualgerechtigkeit und Verkehrssicherheit: jegliche, der Verkehrssicherheit dienende generalisierend-typisierende gesetzliche Regelung ist grundsätzlich nur dann gerechtfertigt, wenn sie für den Regelfall zu gerechten Lösungen führt.⁶⁹⁾

67) Lindacher selbst gesteht diese Schwächen ein, BB 72, 299. Ebenso Grunsky BB 71, 1114.

68) Vgl. oben Kapitel VII 4.8.2.

69) Vgl. auch Schmidt-Rimpler AcP 147 (1941) S. 167 f.

In concreto sind die vorgeschlagenen besonderen gesetzlichen Schranken für Allgemeine Geschäftsbedingungen entscheidend veranlaßt durch die Erkenntnis, daß Rechtsgenossen, die mit vorgedruckten Massenverträgen konfrontiert werden, in erhöhtem Maße schutzbedürftig sind.

Diese besondere Schutzbedürftigkeit ist - wie die Gesamtheit der bisherigen Ausführungen gezeigt hat - bei Letztverbrauchern regelmäßig als gegeben anzusehen.

Die entscheidende Frage geht nunmehr dahin, ob diese erhöhte Schutzbedürftigkeit hinsichtlich AGB bei Vollkaufleuten in vergleichbarem Maße und als Regelfall anzuerkennen ist.

Das maßgebliche Kriterium der besonderen Schutzbedürftigkeit richtet sich hier zum einen nach der intellektuellen und psychologischen Unterlegenheit des Vertragspartners, die ihn bereits an einer zutreffenden Bewertung der angesonnenen Vertragsbedingungen hindert, sowie zum anderen nach der wirtschaftlichen Unterlegenheit, die einer erfolgreichen Interessenwahrung bei als einseitig durchschauten AGB im Wege steht.⁷⁰⁾

8.2.2. Bei der gebotenen generalisierenden Betrachtung bestehen hinsichtlich des ersteren Kriteriums zwischen Letztverbrauchern und Vollkaufleuten nicht zu verkennende Unterschiede:

Von Vollkaufleuten sollte jedenfalls für den Regelfall erwartet werden können, daß sie dem "Seriositätsschein des allgemein Geübten und Üblichen"⁷¹⁾ nicht in gleicher Weise erliegen wie der Durchschnittsverbraucher. Denn die Wertung von Geschäftsbedingungen unter dem Blickwinkel ausreichender eigener Interessenwahrung gehört zu ihren berufstypischen Tätigkeiten. Der ständige Umgang mit AGB sowie die Tatsache, daß sie oft selbst AGB für ihre Geschäftsbeziehungen aufgestellt haben oder zumindest verwenden, hat zur Folge, daß die in aller Regel sowieso geschäftserfahreneren Kaufleute gegenüber AGB unter intellektuellen Aspekten generell minder schutzbedürftig erscheinen als die Masse der Letztverbraucher.⁷²⁾

Anderes muß insoweit aber für die große Zahl der Kleinunternehmen gelten, die in Anbetracht der Art und des Umfangs ihres Betriebes zwar schon als vollkaufmännische Unternehmen zu qualifizieren sind (vgl. § 4 Abs. 1 HGB),

70) In diesem grundsätzlichen Ausgangspunkt besteht Übereinstimmung mit Lindacher, BB 72, 298.

71) Lindacher BB 72, 298.

72) Da es sich insoweit um berufsspezifische Kenntnisse und Fähigkeiten handelt, gilt dies unbeschadet des allgemeinen Bildungs- und Bewußtseinsstandes dieses Personenkreises.

deren Inhaber aber dennoch angesichts ihrer Vor- und berufsspezifischen Ausbildung sowie angesichts mangelnder juristischer Kenntnisse bzw. Beratung gegenüber AGB intellektuell kaum minder schutzbedürftig als Letztverbraucher erscheinen. Dies betrifft vor allem Einzelhandelsgeschäfte auf der Verteilerstufe, und dabei vor allem solche, die selbst keine AGB gegenüber ihren Verbraucherkunden verwenden und die mithin mit den Gefahren und Tücken dieses Vertragstypus gleichermaßen nicht vertraut sind.

Ähnliche Erwägungen greifen Platz bei der Beurteilung der psychologischen Unterlegenheit von Vollkaufleuten gegenüber Vertragspartnern, die nur bei Geltung eigener AGB zu kontrahieren bereit sind. Generell muß auch hier davon ausgegangen werden, daß der vom gedruckten Wort ausgehende psychologische Einschüchterungseffekt bei Kaufleuten geringer als bei Letztverbrauchern einzuschätzen ist.

Gleichwohl muß auch insoweit wieder die Einschränkung vornehmlich für die Kleinbetriebe des Einzelhandels gemacht werden. Wie groß allerdings die Zahl dieser Vollkaufleute auf der Verteilerstufe zu veranschlagen ist, bei denen eine vergleichbare intellektuelle wie psychologische Unterlegenheit gegenüber vorgedruckten AGB zu verzeichnen ist, kann kaum geschätzt, geschweige denn exakt bestimmt werden.

8.2.3. Wesentlich schwieriger noch erscheint die vergleichende Betrachtung hinsichtlich des zweiten maßgeblichen Kriteriums, der wirtschaftlichen Unterlegenheit:

Dabei ist zunächst zu beachten, daß sich die Verwendung von AGB im Bereich der Wirtschaft hauptsächlich auf die Rechtsbeziehungen zwischen Zulieferer und Erzeuger einerseits, sowie auf die Rechtsverhältnisse zwischen Erzeuger und Großhandel sowie zwischen Großhandel und Einzelhandel andererseits beschränkt. Allgemeine Geschäftsbedingungen begleiten mithin die Ware vom Rohstofflieferanten über den Produzenten bis hinunter zum Händler auf der Verteilerstufe. Für alle diese Rechtsverhältnisse zwischen den einzelnen Absatzstufen ist charakteristisch eine mehr oder weniger grose wirtschaftliche Abhängigkeit - und zwar regelmäßig der verbrauchernäheren Stufe gegenüber der verbraucherferneren Absatzstufe.

Diese wirtschaftliche Abhängigkeit, die zumeist mit einer entsprechenden Divergenz der Größe und damit der sozialen Macht der Unternehmen korrespondiert, findet auch und vor allem ihren Niederschlag in den jeweils "vereinbarten" Geschäftsbedingungen.

Auf dem Hintergrund dieser Betrachtungen erscheint es weder möglich noch zulässig, zwischen der wirtschaftlichen Unterlegenheit - einerseits des Verbrauchers zu seinem Verkäufer und andererseits eben dieses Verkäufers zu

seinem Vorlieferanten - noch irgendwelche graduellen Unterschiede mit genereller Aussagekraft zu machen. So mag einerseits mancher Einzelhändler auf der Verteilerstufe - vor allem etwa hinsichtlich marktgängiger Waren oder bei Leistungen, bei denen kein wirklicher Wettbewerb zwischen den Erzeugern besteht - in noch erheblich engere wirtschaftliche Abhängigkeit zu seinem Lieferanten geraten als dies regelmäßig im Verhältnis zwischen Verbraucher und Händler der Fall ist. Umgekehrt gibt es Fälle, in denen wirtschaftlich potente Letztverbraucher die AGB eines Einzelhändlers eben kraft ihrer wirtschaftlichen Macht beliebig abzuändern vermögen.

Mithin lassen sich generelle Differenzierungen hinsichtlich der wirtschaftlichen Unterlegenheit AGB-unterworfenen Letztverbraucher und Vollkaufleute nicht treffen.

- 8.2.4. Aus dem Vorgehenden wird deutlich, daß mit AGB konfrontierte Vollkaufleute - und dabei vor allem jene Masse der Kleinbetriebe auf der Verteilerbasis - zumindest in ähnlichem Maße schutzbedürftig sind wie Letztverbraucher. Während allerdings für die Verbraucher besondere Gefahren auch daraus resultieren, daß sie die vordruckten Vertragsformulare regelmäßig nicht lesen oder jedenfalls nicht verstehen (intellektuelle und psychologische Unterlegenheit), manifestiert sich die Hauptgefahr für Kaufleute meist nur in der wirtschaftlich bedingten Unfähigkeit, den übermächtigen Vertragspartner zu einer Modifizierung der als nachteilig und gefährlich erkannten AGB bewegen zu können.

Aus den vorangegangenen Erwägungen folgt, daß eine umfassende Geltung der gesetzlichen AGB-Regelung vorzugswürdig ist.

- 8.3. Dieses Ergebnis wird durch andere Überlegungen maßgeblich gestützt:

- 8.3.1. Während das Prinzip der Rechts- und Verkehrssicherheit sowieso schon für den generellen, nicht auf Letztverbraucher-AGB beschränkten Weg streitet, ergeben sich diesbezüglich auch von dem anderen maßgeblichen Grundsatz, der Individualgerechtigkeit, keine durchgreifenden Bedenken.

Denn es ist mit dem Gerechtigkeitspostulat durchaus vereinbar, eine in besonderem Maße an der Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit orientierte gesetzliche Regelung auch auf solche Fälle zu erstrecken, in denen die Rechtsgenossen teils weniger, manchmal sogar überhaupt nicht schutzbedürftig erscheinen. Denn anders als gegen einen zu restriktiven Geltungsbereich einer gesetzlichen Schutznorm bestehen gegen die extensive Ausdehnung eines solchen Schutzes vom Grundsatz der Individualgerechtigkeit her keine Vorbehalte.

- 8.3.2. Gerade unter diesem Aspekt ist ein weiteres zu beachten:

Die Gültigkeit der gesetzlichen AGB-Regelung auch für zwischenunternehmerische Rechtsbeziehungen bedeutet - jedenfalls für den Regelfall - keineswegs,

daß damit auch Groß- und Monopolbetriebe oder etwa Unternehmen mit eigener Rechtsabteilung vom vorgesehenen gesetzlichen Schutz profitieren werden. Denn bei der Verwendung von AGB innerhalb des kaufmännischen Rechtsverkehrs ergeben sich oft besondere Umstände daraus, daß beide Vertragsteile ihre eigenen Geschäftsbedingungen angewandt wissen wollen. Sind beide Unternehmen wirtschaftlich annähernd gleichstark und/oder verfügen beide Vertragsteile über eine eigene Rechtsabteilung, so wird regelmäßig keiner der Kontrahenten die alleinige Geltung seiner eigenen Bedingungen durchzusetzen vermögen. Um zu verhindern, daß wegen der von der Rechtsprechung in diesen Fällen angewandten Vorschrift des § 150 Abs. 2 BGB ⁷³⁾ jeweils die Geschäftsbedingungen rechtsverbindlich werden, auf die - vielleicht zufälligerweise - zuletzt verwiesen worden ist, sind beide Teile gehalten, insoweit zu einer vertraglichen Einigung zu gelangen. In allen diesen Fällen aber handelt es sich dann nicht mehr um allgemeine Geschäftsbedingungen, die im voraus für eine unbestimmte Zahl von Kontrakten mit noch unbestimmt vielen Vertragspartnern aufgestellt werden, sondern um besondere, individuelle Vertragsabreden. Eine Anwendung der AGB-Generalklausel scheidet hier jeweils bereits begriffsnotwendigerweise aus.

Anwendbar bleibt diese gesetzliche Regelung im zwischenunternehmerischen Rechtsverkehr demnach nur in den Fällen, da entweder schon von vorneherein nur eine Partei AGB in den Vertrag einbeziehen will oder da die regelmäßig wirtschaftlich überlegene Partei die alleinige Geltung ihrer eigenen AGB durchzusetzen vermag.

Das aber wiederum bedeutet, daß dieser gesetzliche Schutz auch beim Rechtsverkehr zwischen Vollkaufleuten immer nur dann eingreift, wenn ein Teil seine vorformulierten Geschäftsbedingungen dem Vertragspartner einseitig zu diktieren und aufzuzwingen vermag. Mithin wird der besondere Schutz stets nur dem vertragsunterworfenen, dem regelmäßig wirtschaftlich unterlegenen Unternehmer gewährt. Dieser aber ist gleichermaßen schutzbedürftig wie der mit AGB konfrontierte Letztverbraucher; die Erstreckung der gesetzlichen AGB-Regelung vor allem auch auf diese Fälle ist sachlich geboten.

In diesem Zusammenhang bleibt zudem zu beachten, daß gerade die Masse der Kleinbetriebe auf der Verteilerstufe das AGB-Diktat ihrer Vorlieferanten auch deswegen auf sich genommen haben bzw. auf sich nehmen konnten, weil sie ihrerseits wiederum alle Risiken auf den Letztverbraucher abzuwäl-

73) BGH MDR 54, 733; BGH LM § 150 Nr. 6.

zen vermochten.⁷⁴⁾ Indem letzteres infolge der vorgeschlagenen gesetzlichen AGB-Regelung nicht mehr in gleichem Maße möglich sein wird, erscheint auch das Bedürfnis dieser Unternehmen legitim, ihrerseits mehr Schutz vor einseitigen und unbilligen AGB zu erhalten. Es kann nicht Sinn einer Reformgesetzgebung sein, die Problematik unbilliger Geschäftsbedingungen lediglich von der Ebene der Letztverbraucher auf die Verteilerstufe zu verlagern. Vielmehr ist eine stärkere Bindung an Recht und Billigkeit umfassend überall dort vonnöten, wo Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet werden.

- 8.3.3. Würde man sich für eine Beschränkung der gesetzlichen Regelung auf Letztverbraucher-AGB entscheiden, so bliebe die Frage, nach welchen Regeln Geschäftsbedingungen zwischen Vollkaufleuten zu behandeln wären. Eine Gleichstellung mit "normalen" Individualverträgen, die sich nur in den weiten Grenzen der §§ 134, 138, 242, 826 BGB zu halten haben, würde sogar einen Rückschlag zur derzeitigen, für Letztverbraucher- und Industrie-AGB gleichermaßen geltenden Rechtsprechung bedeuten. Dieser Weg erscheint ungangbar. Es bliebe mithin nur der Weg offen, solche Industrie-AGB wie bisher an den von der Rechtsprechung entwickelten besonderen Grundsätzen zu messen.

Eine solche Differenzierung ist jedoch als unsachgemäß zu erachten. Denn auch die vorgeschlagene AGB-Generalklausel baut auf den Grundlagen der bisherigen Rechtsprechung auf, unterscheidet sich von ihr lediglich durch Konkretisierung und Fortentwicklung. Angesichts solcher nur gradueller Unterschiede ist die damit bedingte Zweispurigkeit bei den Gültigkeitsgrenzen von AGB aus Gründen der Verkehrssicherheit und Rechtsklarheit als unerwünscht abzulehnen.⁷⁵⁾

- 8.3.4. Letztlich auch hat die hier vertretene umfassende Lösung keineswegs zur Folge, daß Letztverbraucher- und Industrie-AGB völlig gleichbehandelt würden, daß eine etwaige unterschiedliche Schutzbedürftigkeit bei der rechtli-

74) Vgl. allgemein zu dieser Problematik: v. Brunn a. a. O. S. 128.

75) Eine solche Zweispurigkeit wird jedoch praktiziert in den sozialistischen Rechtssystemen. Dort ist das Kaufrecht in zwei voneinander getrennte Rechtsbereiche mit unterschiedlichen Regeln aufgespalten. Dem "Liefervertrag" zwischen staatlichen und sonstigen Organisationen steht das Rechtsgeschäft zum Letztverbraucher auf der Verteilerbasis gegenüber, vgl. M. Rehbinder, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, 1972, S. 38.

chen Würdigung von Geschäftsbedingungen überhaupt unbeachtlich sein mußte. Vielmehr sind bei der Angemessenheitsprüfung im Rahmen der als relevant bezeichneten sachlichen Gründe sowie vor allem bei der Abwägung mit den Interessen der Vertragspartner grundsätzlich auch Differenzierungen hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit der jeweiligen Kunden möglich. Dabei orientiert sich diese Schutzbedürftigkeit jedoch nicht an der konkreten Einzelperson, sondern vielmehr an dem normalerweise an solchen Geschäften beteiligten Personenkreis.⁷⁶⁾

Das bedeutet, daß unterschiedliche Maßstäbe geboten sein können je nachdem, ob AGB im Geschäftsverkehr mit Kaufleuten oder aber mit Letztverbrauchern eingesetzt zu werden pflegen. So kann man beispielsweise vom Kaufmann im Gegensatz zum Verbraucherkunden erwarten, daß er ihm vorgelegte Geschäftsbedingungen jedenfalls liest und - zumindest in ihrem Kern - auch zutreffend erfaßt. Dahinter steht wiederum die schon eingangs gefundene Erkenntnis,⁷⁷⁾ daß Vollkaufleute gegenüber AGB unter dem Gesichtspunkt der intellektuellen und psychologischen Unterlegenheit generell weniger schutzbedürftig sind als Letztverbraucher. Aus der insoweit geringeren Schutzbedürftigkeit folgt für die praktische Rechtsanwendung, daß bei solchen Industrie-AGB z. B. eine Eliminierung "überraschender Klauseln"⁷⁸⁾ regelmäßig nicht in Betracht kommen wird.

Gleichermaßen würde bei ihnen die, nach dem jüngsten Urteil des LG Freiburg⁷⁹⁾ gebotene Nichtanerkennung sogenannter "Handlungsnormen" unzulässig sein. Als "Handlungsnormen" werden dabei von dem Gericht solche Klauseln bezeichnet, die dem Vertragsunterworfenen bestimmte Handlungspflichten und -obliegenheiten (z. B. Anzeige- und Schriftformerfordernisse) schon für den Zeitraum der noch normalen, ungestörten Vertragsabwicklung auferlegen. Indem die regelmäßige Nichtigkeit solcher Klauseln damit begründet wird, daß der Verbraucher sie vorher zumeist nicht gelesen habe, und er sich folglich auch nicht entsprechend verhalten könne, würde dieser Grundgedanke bei mit AGB konfrontierten Vollkaufleuten nicht gleichermassen anerkannt werden können.

76) Ebenso die Rspr., vgl. BGHZ 22, 97; 51, 60; BGH EBE 1972, 378; OLG Celle BB 60, 306. Ebenso vor allem auch Raiser a. a. O. S. 286; Fischer BB 57, 486. Vgl. dazu auch die folgende Ziffer 9.

77) Vgl. unter Ziffer 8.2.2. im vorliegenden Kapitel.

78) Vgl. z. B. OLG Düsseldorf Betr. 69, 744.

79) Urt. v. 12. 11. 71 (nicht rechtskräftig), JZ 73, 90 ff.

- 8.4. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, daß die vorgeschlagene gesetzliche Regelung jegliche Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu erfassen hat.⁸⁰⁾ Eine etwaige mindere Schutzbedürftigkeit vor allem von Vollkaufleuten bleibt bei der rechtlichen Würdigung gleichwohl relevant.
9. Bereits angeklungen in den vorangegangenen Ausführungen ist das Problem, ob AGB individuell oder aber generell auszulegen sind, sie mithin schon bei Unbilligkeit im konkreten Einzelfall oder erst bei objektiver Unangemessenheit für nichtig zu erklären sind.
- In Anbetracht des gesetzesähnlichen Charakters von Geschäftsbedingungen, ihrer Funktion, von vorneherein Regeln festzulegen für eine unbestimmte Vielzahl von Sachverhalten, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß sich auch die Auslegung nach generellen Richtlinien zu vollziehen hat. Insoweit besteht auch in Rechtsprechung⁸¹⁾ und Literatur⁸²⁾ nahezu Übereinstimmung. Das bedeutet, daß AGB-Klauseln nur dann für rechtsunwirksam zu erklären sind, wenn sich bei Abwägung der Interessen der normalerweise an solchen Geschäften beteiligten Kreise und unbeschadet der "Zufälligkeiten des einzelnen Streitfalles"⁸³⁾ ergeben sollte, daß die Bestimmung sachlich nicht gerechtfertigt ist.
- Trotz Unbedenklichkeit einer Klausel nach diesen objektiven Gesichtspunkten kann jedoch - ausnahmsweise - wegen der besonderen Umstände des einzelnen Falles, die Berufung auf die Klausel als unzulässige Rechtsausübung zurückgewiesen werden.⁸⁴⁾ Insoweit kommt also der individuellen Schutzbedürftigkeit eines Kunden, gewissermaßen als "letzter Bremse", nochmals unmittelbar rechtliche Bedeutung zu.
10. Nachdem somit die gesetzliche Sonderregelung für AGB inhaltlich hinreichend fixiert ist, gilt es nunmehr als letztes, den Rechtsbegriff der "Allgemeinen Geschäftsbedingungen" im Sinne dieser Vorschrift zu bestimmen. Dabei geht es vor allem auch um die Frage, ob Formularverträge⁸⁵⁾ oder

80) Im Ergebnis ebenso: Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen - Bilanz und rechtspolitische Folgerungen, 1973, S. 41.

81) Vgl. RGZ 155, 137; 157, 67; BGHZ 7, 368; 17, 3; 33, 218.

82) Vgl. Baumbach-Duden, HGB, Kommentar, 20. Auflage, 1972, Einführung zu Buch III, 4 A; v. Brunn a. a. O. S. 89; W. Weber a. a. O. N 311; Abweichend: Brandner AcP 162, 237 ff.

83) Baumbach-Duden a. a. O. Einführung zu Buch III, 4 A.

84) Vgl. Esser a. a. O. § 6 II; BGHZ 13, 198; BGH WM 55, 234; BGH WM 70, 633.

85) Formularverträge unterscheiden sich von AGB dadurch, daß bei ihnen die Klauseln Teil des eigentlichen Vertragstextes sind: durch Einsetzen

gar sonstige umfangreiche, maschinengeschriebene Vertragstexte ⁸⁶⁾ den AGB gleichzustellen sind.

- 10.1. Der Rechtsbegriff "Allgemeine Geschäftsbedingungen" ist unserer Rechtsordnung nicht fremd: sowohl in einer Verordnung vom 8. 9. 1939 ⁸⁷⁾ als auch vor allem in § 2 Abs. 1 GWB geht der Gesetzgeber von diesem unbestimmten Rechtsbegriff aus, ohne ihn allerdings gesetzlich zu definieren. Dabei ist der Begriff der AGB i. S. d. § 2 Abs. 1 GWB kein anderer als im sonstigen Recht. ⁸⁸⁾ Es liegt nahe, eine maßgebliche Begriffsbestimmung bei der Rechtsprechung zu suchen, da die bestehenden Sonderregeln für AGB ein Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung sind. Indes, diese Suche ist vergeblich. Regelmäßig begnügt sich die Rechtsprechung mit der Feststellung, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen, wobei sie es offensichtlich genügen läßt, daß der rechtstatsächliche Prototyp von AGB im Einzelfall gegeben ist. ⁸⁹⁾ Dieser Prototyp ist als eine "gedruckte, inhaltlich komplexe und äußerlich umfangreiche Vertragsschablone" zu kennzeichnen, "die der Ergänzung und Ausgestaltung der mit den einzelnen Kunden geschlossenen Verträge dienen und mittels beiderseitiger globaler Verweisung ohne inhaltliches Aushandeln der einzelnen Klauseln zum Vertragsbestandteil werden soll". ⁹⁰⁾

der von den Parteien individuell ausgehandelten Abreden in den formularmäßigen Text verschmelzen beide Vertragsbestandteile zu einem einheitlichen Ganzen. Wenn bisher gleichermaßen von AGB wie von formularmäßigen Vertragsordnungen oder Formularverträgen die Rede war, so war dies alleine aus stilistischen Gründen veranlaßt und angesichts der Vergleichbarkeit dieser Vertragstypen auch gerechtfertigt. Eine unmittelbare rechtliche Relevanz kam dieser Gleichstellung nicht zu.

- 86) Auf weitere Bezeichnungen wie "Massenvertrag", "Serienvertrag", "Reihenvertrag" (vgl. W. Weber a. a. O. N 17) "Standardisierter Vertrag" (Hecht, ZSchweizR 101, S. 47) soll hier - da es sich insoweit um bloß unbedeutende terminologische Diskrepanzen handelt - nicht weiter eingegangen werden.
- 87) Reichsgesetzblatt I 1745.
- 88) Vgl. W. Weber a. a. O. N 13 ff und N 484; Müller-Gries-Giessler, Kommentar zum GWB, 2. Auflage, 1967, § 2 Rz. 15.
- 89) Allerdings verwenden z. B. BGHZ 22, 94 und BGHZ 51, 56 f die Begriffe Allgemeine Geschäftsbedingungen, Formularverträge und formularmäßige Vertragsbedingungen völlig gleichberechtigt und austauschbar nebeneinander.
- 90) Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 5.

In aller Regel werden sich in der Tat keine Schwierigkeiten ergeben bei der Qualifizierung einer Vertragsordnung als "AGB". Was jedoch soll z. B. gelten, wenn die Geschäftsbedingungen eines Unternehmens durch Matritze vervielfältigt sind oder wenn sie nur einige wenige Klauseln enthalten?

- 10.2. Insoweit kommt man nicht umhin, den Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen definitorisch zu erfassen. In Anlehnung an W. Weber ⁹¹⁾ - dem diese Begriffsbestimmung am überzeugendsten gelungen ist - sind danach Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren als:

in sich geschlossene, vorformulierte, standardisierende, typisierende, gesetzesähnliche Aufstellung und Regelung von Einzelpunkten rechtlicher oder tatsächlicher Natur, die von dem einen Geschäftspartner für eine unbegrenzte Anzahl von Geschäften mit jeweils verschiedenen Vertragspartnern angefertigt ⁹²⁾ sind und die dem anderen Geschäftspartner als verpflichtende Richtsätze für Abschluß und Durchführung des Rechtsgeschäfts gestellt werden, die dieser geschlossen annehmen soll. ⁹³⁾

Gegenüber dem oben dargestellten rechtstatsächlichen Prototyp der AGB ergeben sich daraus zwei bedeutsame Erweiterungen:

Einerseits kann es nicht maßgeblich ankommen auf das "Gedrucktsein" von Geschäftsbedingungen. Ein solches rein äußerliches, technisches Kriterium ist ungeeignet zu entscheiden, ob die einschränkenden AGB-Sondernormen erforderlich und anwendbar sind. Wenn Schmidt-Salzer ⁹⁴⁾ dieses Kriterium als das maßgebliche auch für die Gleichbehandlung ähnlicher Vertragstypen herausstellt, so liegt darin eine Überbetonung des Gedankens der Rechtssicherheit.

91) W. Weber a. a. O. N 13; derselbe kürzer aber auch ungenauer in Betr. 70, 2355. Vgl. weiterhin Raiser a. a. O. S. 18. Eingehend auch Hamelbeck, Begriff, Arten und Verbindlichkeiten von allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1930, S. 5 ff.

92) "Angefertigt" versteht sich hier nicht in einem urheberrechtlichen, sondern in einem bloß technischen Sinne: erfaßt werden alle AGB, die ein Verkäufer verwendet, unbeschadet der Frage, ob sie von ihm selbst oder einem Dritten ausgearbeitet worden sind.

93) Bei W. Weber heißt es insoweit "annehmen muß". Da es aber durchaus denkbar ist, daß ein Unternehmer seine AGB in dem einen oder anderen Punkt auf Vorhalt des Kunden modifiziert, ohne daß damit zugleich die gesamten AGB ihren spezifischen Charakter verlieren, empfiehlt sich die hier verwendete abweichende Formulierung.

94) a. a. O. Rz. 10; derselbe NJW 71, 1014.

Darüberhinaus stünde ganz allgemein zu erwarten, daß es binnen kürzester Frist nurmehr nichtgedruckte Geschäftsbedingungen gäbe. Wenngleich Schmidt-Salzer dieser Gefahr durch ein Umgehungsverbot begegnen will,⁹⁵⁾ so ist dies doch nur mit ein Indiz dafür, daß schon der grundsätzliche Ausgangspunkt verfehlt sein muß.⁹⁶⁾

Andererseits ist ein besonderer äußerer Umfang zwar ein durchaus typisches, jedoch kein unerlässliches Kennzeichen für AGB. Wer würde etwa daran zweifeln, daß die meist wenige Klauseln umfassenden Bedingungen der Daseinsvorsorgebetriebe als AGB zu werten und zu behandeln sind. Auch insoweit handelt es sich um ein ungeeignetes äußerliches Kriterium, dessen Grenzen zudem verschwommen, konturenlos sind.⁹⁷⁾ Wo soll hier die Grenze liegen zwischen "nicht-umfangreichen" Vertragsordnungen, die noch nach normalem Vertragsrecht zu bewerten sind und "umfangreichen" Vertragsordnungen, die den Regeln für AGB unterstellt sind? Diese Grenze im Einzelfall zu "erspüren", wären Rechtspraxis wie Rechtsprechung vermutlich überfordert. Wenn demgegenüber der BGH⁹⁸⁾ einen Formularvertrag als nicht umfangreich bezeichnet und folglich als Individualabrede behandelt, wenn es sich um etwa 20 Zeilen handelt, die in 3 Absätzen gegliedert sind, so mutet diese Entscheidung reichlich willkürlich und gekünstelt an.

10.3. Welches nun aber sind die entscheidenden Kriterien, die vorliegen müssen, um Grenzfälle oder verwandte Vertragstypen wie etwa den Formularvertrag ebenfalls dem Sonderrecht der AGB zu unterwerfen?

Neben den beiden bereits erwähnten und abgelehnten Kriterien kommen insoweit noch folgende Qualifikationsmerkmale in Betracht:⁹⁹⁾

95) Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 11.

96) Vgl. Grunsky BB 72, 1114.

97) Anders aber BGHZ 51, 59/60 und BGH BB 70, 1504: in beiden Entscheidungen wird die rechtliche Gleichbehandlung von AGB und Formularverträgen jedenfalls dann für notwendig erklärt, wenn letztere einen "Komplex umfangreicher vorformulierter Klauseln" enthalten. Früher zustimmend: Schmidt-Salzer, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, 1967, S. 160 f, 165 ff, 235 ff; derselbe NJW 67, 376/377. Nunmehr ablehnend: a. a. O. Rz. 10.

98) BGH BB 70, 1504 = WM 70, 1450 f.

99) Vgl. Schmidt-Salzer a. a. O. Rz. 10; derselbe NJW 71, 1014.

- die inhaltliche Komplexität,
- die abstrakte Sprache,
- die Zweckbestimmung zur generellen Regelung einer unbestimmten Zahl zukünftiger Vertragsverhältnisse mit beliebigen Kunden oder letztlich
- das Zusammentreffen mehrerer oder aller dieser Einzelaspekte.

Auf die inhaltliche Komplexität kann es jedenfalls nicht ankommen, da das Gegenstück, die Individualvereinbarung, in eben demselben Maße inhaltlich komplex sein kann und es bei vorausschauenden und vorsichtigen Vertragspartnern in aller Regel auch sein wird.¹⁰⁰⁾

Hinsichtlich der übrigen in Betracht kommenden Kriterien gilt es zunächst, nochmals den grundsätzlichen, die differenzierende Beurteilung rechtfertigenden Ansatzpunkt herauszustellen: Sinn und Zweck der Sondernormen ist es, einen Ausgleich für fehlendes Aushandeln der Vertragsmodalitäten zu bieten, wenn und soweit ein noch unbestimmter Personenkreis davon betroffen wird.

Gerade das letztere Korrektiv ist bedeutsam, da auch bei Individualabreden ein Vertragsaushandeln fehlen kann, wenn einer der Vertragspartner - aus welchen Gründen auch immer - in der Lage ist, den Vertrag einseitig zu diktieren; dennoch besteht kein Bedürfnis, diese Fälle wie AGB zu behandeln.¹⁰¹⁾ Erst wenn ein größerer, bei erstmaliger Verwendung von Vertragsbedingungen noch unbestimmter Personenkreis mit einem solchen Vertragsdiktat konfrontiert wird, besteht ein öffentliches Interesse an besonderen Inhaltsgrenzen.¹⁰²⁾ Schlagwortartig: nur bei allgemeinen, nicht aber bei besonderen Vertragsbedingungen ist eine rechtliche Sonderbehandlung gerechtfertigt. Von diesem grundlegenden Ansatzpunkt her ergibt es sich nahezu zwangsläufig, auf welche Kriterien es für die Gleichbehandlung ähnlicher Vertragsbedingungen ankommen muß:

100) Aus denselben Erwägungen wird hier - entgegen W. Weber a. a. O. N 13 - der "zusammenfassende" Charakter von AGB nicht als begriffsnotwendiges Merkmal gewertet.

101) Zu weit geht auch Schmidt-Salzer, indem er den Ansatzpunkt in der Überforderung der rechtsgeschäftlichen Verantwortungsfähigkeit des Kunden sieht (a. a. O. Rz. 8 f). Denn eine solche - für AGB zwar typische - Überforderung kann in Einzelfällen ebenso gegenüber Individualvereinbarungen auftreten, ohne daß etwa Schmidt-Salzer selbst für diese Fälle entsprechende Regeln anwenden wollte.

102) Vgl. auch Raiser a. a. O. S. 283 ff. Dagegen: Brandner, AcP 162, 262.

Erstens muß es sich um einen einsseitig vorformulierten Vertrag handeln und
 zweitens muß er zur generellen Regelung einer unbestimmten Zahl
zukünftiger Vertragsverhältnisse mit beteiligten Kunden bestimmt sein.
 Nur, aber auch immer dann, wenn diese beiden Voraussetzungen erfüllt
 sind, sind Formularverträge oder sonstige, dem rechtstatistischen Proto-
 typ der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ähnliche Vertragswerke nach
 den besonderen Regeln für AGB zu beurteilen.
 Für Formularbedingungen wird man allerdings davon auszugehen haben,
 daß bei ihnen beide Kriterien in aller Regel gegeben sein werden.¹⁰³⁾ Sol-
 che Gleichbehandlung besteht übrigens de lege lata bereits im italienischen
 Recht, Art. 1342 Codice civile.¹⁰⁴⁾

10.4. Zu klären bleibt schließlich nunmehr, ob eine Legaldefinition für den Be-
 griff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen erforderlich oder zumindest
 wünschenswert ist, und ob hinsichtlich der beiden oben herausgestellten
 maßgeblichen Kriterien gleichermaßen eine gesetzliche Normierung er-
 folgen sollte.

Die ausländischen Rechtsordnungen, die bereits Bereiche des Rechts der
 AGB kodifiziert haben, sind insofern uneinheitlich.¹⁰⁵⁾

Gegen eine Legaldefinition streitet einmal die Tatsache, daß AGB mittler-
 weile in der Rechtspraxis zu einem feststehenden Begriff geworden sind und
 Unstimmigkeiten nur noch in Randzonen bestehen. Zum anderen besteht
 bei Legaldefinitionen die Gefahr der Erstarrung, der Unbeweglichkeit ge-
 genüber Umgehungsversuchen.

Auf der anderen Seite hingegen schlägt entscheidend zu Buche, daß es sich
 hier um die für die Rechtspraxis ganz wesentliche Frage handelt, ob die
 AGB Generalklausel in concreto einschlägig ist oder nicht.¹⁰⁶⁾ Würde der

103) Vgl. auch Rehbinder, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kon-
 trolle ihres Inhalts, 1972, S. 5/8.

104) Auch das rechtspolitische Programm der AGJ Hessen 50d fordert eine
 solche Gleichbehandlung de lege ferenda für das deutsche Recht, vgl.
 ZRP 70, 190 f.

105) Während Art. 1341, 1342 Ital. C.c. sowie der niederländische Ge-
 setzentwurf, Buch 6, Art. 2 und 3 keine Legaldefinition für AGB ken-
 nen, hat sich der israelische Gesetzgeber dieser Aufgabe in Abschnitt
 I des Standard Contracts Law 5724 von 1964 unterzogen.

106) Darüberhinaus ist auch die, im folgenden Kapitel im einzelnen darzu-
 stellende verwaltungsmäßige AGB-Kontrolle in die Überlegungen mit-

Gesetzgeber insoweit vor einer exakten Definition zurückschrecken, so könnte er ein solches, wie auch ein dementsprechendes Verhalten gleichfalls nicht vom einzelnen Rechtsgenossen verlangen. Für diesen muß vorhersehbar sein, was die Rechtsordnung von ihm verlangt, denn er muß mit dem staatlich gesetzten Recht leben und es anwenden.

Diese Lösung wird im übrigen auch in dem Gesetzentwurf der ASJ Südbayern (§ 2) vertreten.¹⁰⁷⁾

Allerdings ist zu bedenken, daß die auf W. Weber zurückgehende Begriffsbestimmung zwar als sehr exakt, aber doch auch wieder als zu überladen und hölzern erscheint, um als Legaldefinition Eingang in die Zivilrechtsordnung beanspruchen zu können.

Im Sinne einer klaren und verständlichen und auch möglichst kurzen Gesetzesfassung bietet sich vielmehr eine andere gesetzestechnische Lösung an: Kodifiziert werden nur die beiden aufgezeigten Kriterien, die eine Gleichbehandlung mit AGB rechtfertigen. Da sie gleichzeitig die wesentlichen Merkmale von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im eigentlichen Sinne darstellen, wird auf diese Weise mittelbar auch dieser unbestimmte Rechtsbegriff von der gesetzlichen Definition miteerfaßt. Diese rechtstechnische Lösung hat den weiteren Vorzug, daß sie gesetzesorientierte Entscheidungen gerade für die zweifelhaften, für die AGB-ähnlichen Vertragswerke ermöglicht. Da hinsichtlich des Prototyps der AGB in der Rechtspraxis keine Einordnungsprobleme bestehen, es sich insoweit um einen, im wesentlichen gefestigten Rechtsbegriff handelt, besteht auch kein Bedürfnis zu einer solchen, detaillierten Legaldefinition.

11. Unter Berücksichtigung aller dieser Ausführungen und Teilergebnisse wäre die gesetzliche AGB-Regelung wie folgt zu formulieren:

Abs. 1: In Allgemeinen Geschäftsbedingungen darf von dispositivem Recht nur dann abgewichen werden, wenn sachliche Gründe unter besonderer Berücksichtigung der Interessen des Vertragspartners¹⁰⁸⁾ dies rechtfertigen.

einzu beziehen. Der Unternehmer muß hinreichend genau wissen, unter welchen tatbestandsmäßigen Voraussetzungen er zur Vorlage seiner Vertragsbedingungen verpflichtet ist.

107) Vgl. Anlage I.

108) Vertragspartner i. S. d. Vorschrift ist immer der Kunde.

Abs. 2: Sachliche Gründe müssen vor allem dann vorliegen, wenn von Rechts-
sätzen mit überwiegendem Gerechtigkeitsgehalt abgewichen wird.
Rechtssätze i. S. d. Satz 1 sind insbesondere solche, die

1. jegliche vertragliche wie gesetzliche Haftung und die Gewährlei-
stung regeln oder
2. die einseitige Lösung von Vertragsverhältnissen betreffen oder
3. die Freiheit gewährleisten, Rechtsgeschäfte mit beliebigen Dritten
abzuschließen oder
4. dem Vertragspartner Einwendungen und Einreden gewähren oder
5. die Verteilung der Beweislast regeln oder
6. die Verjährung festsetzen oder
7. den örtlichen Gerichtsstand bestimmen.

Abs. 3: Sachliche Gründe im Sinne dieser Vorschrift können sich insbeson-
dere ergeben aus den, vom dispositiven Recht nicht oder nicht aus-
reichend berücksichtigten Eigenheiten der Leistung,
des Rechtsgeschäfts oder
des betreffenden Wirtschafts-
zweiges.

Insoweit rechtlich unbeachtlich sind:

Preiskalkulatorische Erwägungen,
die Möglichkeit der versicherungsmäßigen Ab-
deckung rechtsgeschäftlicher Risiken
und
die Üblichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedin-
gungen.

Abs. 4: Den Allgemeinen Geschäftsbedingungen gleichzustellen sind ein-
seitig vorformulierte, schriftliche Willenserklärungen, die zur ge-
nerellen Regelung einer unbestimmten Zahl zukünftiger Vertragsver-
hältnisse mit beliebigen Vertragspartnern bestimmt sind.

X. DIE ZUSÄTZLICHE AGB - INHALTSKONTROLLE DURCH DIE VERWALTUNG

Die im Vorstehenden dargelegte gesetzliche Sonderregelung für Allgemeine Geschäftsbedingungen verpflichtet den AGB-Aufsteller zwar, seine Bedingungen in hohem Maße an Recht und Billigkeit zu orientieren. Ignoriert oder unterschätzt er jedoch die ihm auferlegten Bindungen, so droht ihm bei der bisherigen Rechtslage eine Korrektur oder gar Sanktion nur in den verschwindend seltenen Fällen eines rechtskräftigen, richterlichen Entscheids. Unangetastet bliebe vor allem auch die weitere Verwendung von AGB in ihrer Abschreckungsfunktion, insbesondere gegenüber den schutzwürdigen, sozial unterprivilegierten Bevölkerungsschichten.¹⁾

Die gesetzliche AGB-Regelung für sich allein genommen bildet demnach nur ein stumpfes Schwert.

Ihre eigentliche Effektivität erlangt sie vielmehr erst durch eine möglichst frühzeitig einsetzende, generelle und permanente staatliche Kontrolle.²⁾

Erst diese Kombination rechtlicher Maßnahmen vermag für die Praxis tatsächlich angemessene und vertretbare Geschäftsbedingungen zu garantieren. Das muß vor allem im vorliegenden Fall gelten, da die vorgenommene Regel- und damit auch Beweislastumkehr ihre eigentliche Wirkung erst im konkreten Streitfall bei einem etwaigen non-liquet zu entfalten vermag.

Dies ist die Ausgangslage.

1. Die wichtigste, nunmehr auftauchende Frage ist die nach der Funktion der besonderen staatlichen Inhaltskontrolle.

Die Antwort ergibt sich in den wesentlichen Zügen bereits aus der oben gegebenen Darstellung und kritischen Würdigung³⁾ der insoweit in der rechtspolitischen Diskussion befindlichen Reformvorschläge.

Als wesentliche Eckdaten und Schlußfolgerungen haben sich danach folgende Punkte ergeben:

- Ein staatlicher Genehmigungsvorbehalt für AGB erscheint zwar am effektivsten, ist aber dennoch abzulehnen.

1) Vgl. neuerdings auch M. Reh binder, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, 1972, S. 33 ff.

2) So auch v. Hippel, JZ 72, 422/423, der zudem auf positive Erfahrungen mit derartigen Verwaltungskontrollen in den USA verweist. Allerdings bezieht sich diese staatliche Kontrolle auf die Überwachung unlauterer Geschäftsmethoden.

3) Vgl. oben Kapitel VII.

- Die Gründe hierfür liegen einmal in der Größe des erforderlichen Verwaltungsapparates, die wiederum maßgeblich bestimmt wird durch die Zahl der zu kontrollierenden AGB, sowie durch Funktion und Intensität des Kontrollverfahrens. Von den beiden letztgenannten Faktoren aber ist jedenfalls die Zahl der zu überprüfenden AGB für jegliche verwaltungsmäßige Kontrolle als "Konstante" zu betrachten: der Kontrolle müssen nur, aber auch ausnahmslos alle gegenüber Letztabnehmern verwendeten AGB unterliegen.⁴⁾ Daraus folgt zugleich, daß ein akzeptabler Verwaltungsumfang nur durch Modifizierung der Kontrollfunktion im Sinne eines minder intensiven Prüfungsverfahrens erreicht werden kann.
- Ein weiterer maßgeblicher Grund für die Ablehnung eines Genehmigungsvorbehalts resultiert aus der Tatsache, daß ein solch einschneidendes Instrument - zumindest in so genereller Form - auf weit absehbare Zeit keine Aussicht auf politische Realisierbarkeit hat. Auch diesem Gesichtspunkt ist Rechnung zu tragen durch minder einschneidende Eingriffsbefugnisse der Kontrollbehörde bei noch ausreichender Effektivität.
- Ein letzter Orientierungspunkt besteht darin, daß die Judikative das maßgebliche Kontrollorgan bleiben muß.

- 1.1. Unter Berücksichtigung dieser Kriterien sowie der sonstigen, aufgezeigten rechtspolitischen Erfordernisse⁵⁾ ist die Funktion der staatlichen AGB-Kontrollinstanz in ihren wesentlichen Zügen zu skizzieren:
 Jeder Unternehmer, der Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Letztabnehmern verwendet, ist von Rechts wegen verpflichtet, diese AGB binnen angemessener Frist der Behörde vorzulegen.⁶⁾ Eine schriftliche Begründung

4) Vgl. hierzu die Darstellung in Kapitel VII 4. 8. 2.

5) Vgl. oben Kapitel VIII.

6) Ein bloß fakultatives Vorlagegebot, wie es z. B. in Israel seit 1964 besteht, wäre mit Sicherheit nicht ausreichend. Wo es um die Verfolgung eigennütziger, kommerziell bedeutsamer Interessen geht, ist jeglicher Appell an freiwillige Initiativen von vorneherein überflüssig. Diese Erfahrung mußte auch der israelische Gesetzgeber machen: bisher haben sich nur sehr wenige Unternehmer zur freiwilligen Vorlage ihrer AGB entschließen können, vgl. Yadin, Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Nr. 41, 1968, S. 154; v. Hippel ZRP 72, 110, Fußnote 7.

ist beizufügen.⁷⁾ Vorlage- und Begründungspflicht⁸⁾ bestehen gleichermaßen bei jeglichen AGB-Änderungen, wodurch - ähnlich wie im Versicherungs-aufsichtsrecht, § 13 VAG - eine permanente Kontrolle begründet wird.

Die Behörde überprüft nun jeweils - am Maßstab der besonderen gesetzlichen Inhaltsschranken - die vorgelegten Formularverträge auf ihre Wirksamkeit. Bei Geschäftsbedingungen, bei denen sie erhebliche Zweifel⁹⁾ an der Wirksamkeit in toto oder hinsichtlich einzelner Klauseln hat, beantragt sie die gerichtliche Überprüfung beim zuständigen Gericht.¹⁰⁾

Damit wird ein Rechtsstreit anhängig zwischen der Kontrollbehörde einerseits und dem, die beanstandeten Geschäftsbedingungen vorlegenden Unternehmer andererseits. Nur diese beiden Rechtssubjekte werden Beteiligten des Verfahrens.

Allerdings ist zu bedenken, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Praxis branchenmäßig jedenfalls sinngemäß, wenn nicht sogar wörtlich übereinzustimmen pflegen. Das bedeutet, daß die Aufsichtsbehörde jeweils die beanstandeten AGB aller Unternehmen des betreffenden Wirtschaftszweiges gewissermaßen in einem Block vorlegen wird. Die rechtlich grundsätzlich selbständigen Verfahren werden dann entsprechend § 147 ZPO verbunden mit der Folge gleichzeitiger und einheitlicher Verhandlung wie Entscheidung. Die einzelnen Unternehmer haben dabei die Rechtsstellung einfacher Streitgenossen und dürften sich zweckmäßigerweise durch einen oder mehrere gemeinsame Prozeßbevollmächtigte vertreten lassen.

7) Einen Begründungszwang für vom dispositiven Recht abweichende AGB wollte bereits Brandt statuieren, DRW 40, 84. Allerdings sollte danach die obligatorische Begründung allein den jeweiligen AGB angefügt werden. Ähnlich, aber nicht nur wegen der stark nationalsozialistischen Prägung sehr nebulos gehalten die Ausführungen von Roth, JW 36, 2898. Ein Begründungszwang ist ebenfalls vorgesehen im Gesetzentwurf der ASJ Südbayern, § 11 (vgl. Anlage I).

8) Die Begründungspflicht kommt dem Rechtscharakter einer Obliegenheit zumindest sehr nahe. Denn da die Behörde bei fehlender Begründung davon ausgehen muß, daß sachliche Gründe für die abweichenden AGB nicht gegeben sind, liegt die Vorlage der Begründung im eigenen Interesse des AGB-Aufstellers.

9) Hierzu ausführlich unter Ziffer 1.2.3. dieses Kapitels.

10) Das wird, wie in Kapitel XI noch eingehend zu erläutern sein wird, ein spezieller AGB-Senat sein.

Aus der gerichtlichen Vorlage der AGB ergeben sich keine unmittelbaren Rechtsfolgen; ¹¹⁾ insbesondere wird der betreffende Unternehmer nicht gehindert, die beanstandeten AGB nichtsdestotrotz seinen Rechtsgeschäften zugrunde zu legen. Wollte man ihm nämlich dieses Recht verwehren, so hätte man im praktischen Endeffekt wiederum einen - abzulehnenden - Genehmigungs- bzw. Verbotsvorbehalt konstruiert. ¹²⁾

1.2. Aus diesen wenigen, aber entscheidenden Tätigkeitsmerkmalen ergeben sich bereits drei ganz wesentliche Folgerungen:

1.2.1. Erstens ist das Primat der Judikative gewahrt, da die Aufsichtsbehörde nicht selbst zur Entscheidung über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der AGB berufen ist. Die Behörde wird also gewissermaßen als Vorprüfungsinstanz tätig, allerdings im Gegensatz zur Rechtsprechung präventiv und unabhängig vom konkreten Streitfall.

1.2.2. Zweitens wird durch die vorenthaltene Entscheidungsbefugnis erreicht, daß an die Intensität des Kontrollverfahrens geringere Anforderungen gestellt werden können. Denn indem die Vorlage von AGB - außer der bloßen Rechtshängigkeit - für den Unternehmer noch keine weitergehenden Rechtsfolgen auslöst, eine Entscheidung in der Sache vielmehr dem Gericht vorbehalten ist, erscheint es angängig und berechtigt, das Kontrollverfahren als zügiges und kursorisches, nicht zur Ermittlung jeglichen Details angelegtes Verfahren auszustatten.

Während demnach für jegliche Genehmigungsbehörde - angesichts der weittragenden wirtschaftlichen Konsequenzen ihrer Entscheidungen - die Einsicht in oft umfangreiches Material unerlässlich ist und eine umfassende wie abschließende Würdigung aller möglicherweise relevanten Faktoren geboten ist, kann die hier konzipierte Kontrollinstanz auf umfangreiche Gutachten, Beweisführungen oder andere, nicht selten nur der Verschleierung und Verschleppung dienende Unterlagen verzichten.

Dieser Verzicht erfährt seine sachliche Berechtigung daraus, daß diese Kon-

11) Vor allem auch sei - mehr klarstellend - **hinzuzufügen**, daß gegen die Entscheidung, AGB dem zuständigen Gericht vorzulegen, der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet ist. Andernfalls käme man zu einem unerwünschten Nebeneinander bürgerlichrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten, obwohl es sich materiell allein um zivilrechtliche Fragen handelt.

12) Diese aber wären mit Sicherheit mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar, da bereits bei Vorliegen nur erheblicher Zweifel die Verwendung der betreffenden AGB, jedenfalls vorläufig, versagt werden könnte.

trollbehörde lediglich zu der Entscheidung berufen ist, ob so erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit der AGB bestehen, daß eine gerichtliche Vorlage der AGB angebracht erscheint.

1. 2. 3. Drittens - und dieser Punkt steht in engem Zusammenhang mit den vorangegangenen Ausführungen - drittens also wird durch die Tatsache, daß schon bei erheblichen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit von AGB-Bestimmungen die gerichtliche Vorlage zulässig und geboten ist, ebenfalls eine geringere Intensität und damit Kürzung und Straffung des Vorlageverfahrens erreicht. Daß die Vorlagepflicht bereits bei erheblichen Zweifeln ausgelöst werden kann, wurde wiederum erst durch die, der Kontrollinstanz vorenthaltene Sachentscheidungsbefugnis ermöglicht. Denn wäre die Behörde zur verbindlichen Entscheidung über die Genehmigung angehalten, so käme aus rechtsstaatlichen Erwägungen eine Versagung nur dann in Betracht, wenn sie von der Nichtigkeit der betreffenden AGB überzeugt wäre. Zwar hindert die hier gewählte Funktion keineswegs, insoweit dennoch eine entsprechende "Überzeugung" oder "Gewißheit" zu verlangen. Aber auf diese Weise würde ein Großteil der, durch Vorenthaltung der Sachentscheidungsbefugnis erlangten Vorzüge wieder aufgehoben: denn gesteht man der Behörde das Vorlagerecht erst bei gefestigter Überzeugung von der (Teil-)Nichtigkeit der AGB zu, so verbietet es sich damit von selbst, das Prüfungsverfahren kursorisch und zügig auszugestalten. Um zu einer fundierten und rational begründeten Überzeugung zu gelangen, bedarf es nämlich notwendigerweise eines ganz intensiven, umfassenden und in der Beweisführung abgesicherten Prüfungsverfahrens. Eine so gekennzeichnete AGB-Kontrollinstanz würde folglich die maßgebliche Schwäche einer Genehmigungsbehörde, den benötigten gewaltigen Verwaltungsapparat teilen, ohne sogar dabei gleichzeitig deren spezifischen Vorzug - größtmögliche Effizienz durch rechtsverbindliche Kontrolle - zu erhalten.

Während damit einerseits eine behördliche "Überzeugung" als Vorlagevoraussetzung auszuscheiden war, konnten andererseits bloße Zweifel an der Rechtmäßigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Vorlagebefugnis nicht ausreichend sein: damit wären die Vorlagevoraussetzungen wesentlich zu weit gefaßt, die erforderliche Konzentrierung auf die tatsächlich bedenklichen Fälle nicht gewährleistet. Überspitzt formuliert: die AGB, bei denen hinsichtlich keiner einzigen Klausel gewisse Zweifel an der Angemessenheit bestehen, sind unserer Rechtspraxis fremd.

Der hier gewählte Mittelweg hingegen, das Vorlagerecht bei "erheblichen Zweifeln" zu begründen, erscheint - jedenfalls für diese Kontrollbehörde - als die beste Lösung. Einerseits wird damit die, für einen akzeptablen Verwaltungsumfang erforderliche Zügigkeit des Kontrollverfahrens garantiert;

insoweit zielt dieses Kriterium in dieselbe Richtung wie die Vorenthaltung der Entscheidungsbefugnis in der Sache selbst.

Andererseits setzen erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit von AGB-Klauseln doch voraus, daß gewisse Prüfungen erfolgt sind, die die Nichtigerklärung dieser Klauseln mit einiger Wahrscheinlichkeit erwarten lassen.

1. 3. Aus dem Vorgehenden erhält das Bild von Aufgabe und Wirkungsweise dieser staatlichen AGB-Aufsicht klare und deutliche Konturen:

Die Funktion dieser Kontrollinstanz besteht darin, ein erstes Sieb für unangemessene Allgemeine Geschäftsbedingungen zu bilden und es zu ermöglichen, diese AGB so frühzeitig wie möglich durch Gerichtsentscheid aus dem Verkehr zu ziehen.

Durch diese Siebfunktion ¹³⁾ der staatlichen Kontrollinstanz wird das Prozeßrisiko weitgehend von der großen Masse der Verbraucher auf den Staat abgewälzt, da dieser im Vorlageverfahren Prozeßgegner des Unternehmers ist. Zwar wird eine unmittelbar rechtsverbindliche, staatliche Präventivkontrolle damit nicht ausgeübt; bei weitgehender Ausschaltung der dem Genehmigungsvorbehalt anhaftenden Mängel und Bedenken wird jedoch eine Kontrolle installiert, die einen, jedenfalls annähernd gleichwirksamen Verbraucherschutz zu gewährleisten verspricht. Insbesondere steht auch schon angesichts der bloßen Existenz dieser frühzeitig einsetzenden Kontrolle zu erwarten, daß die Bedingungen schon von vorneherein angemessener formuliert werden. Denn nunmehr droht die gerichtliche Überprüfung, unabwendbar durch Kulanz-, Vergleichs- und sonstige vorprozessuale Taktiken, bereits bald nach erstmaliger Verwendung der AGB. Insoweit kommt dieser Verwaltungskontrolle auch eine gewichtige mittelbare, vorbeugende Kontrollfunktion zu.

Letztlich nicht zu vergessen sind die finanziellen Vorzüge dieser Konzeption: durch Zubilligung eines bloßen Vorlagerechts, das zudem schon bei Vorliegen erheblicher Zweifel eingreift, wird erreicht, daß das Kontrollverfahren weniger intensiv ist, zügig abläuft und umfangreiche Beweisfüh-

13) Bei dieser Kontrolle zeichnen sich gewisse Parallelen ab zum zivilprozessualen Armenrechtsverfahren nach §§ 114 ff ZPO. Während allerdings im Armenrechtsverfahren (u. a.) geprüft wird, ob die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, wobei bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit für einen erfolgreichen Prozeß ausreichend sein soll und die Anforderungen insoweit nicht überspannt werden dürfen (vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, Kommentar, 29. Auflage, § 114 Anm. 2 c) sind an die hier vorzunehmende "Erfolgsprognose" höhere Anforderungen zu stellen.

rungen und -würdigungen entbehrlich macht. Das aber wiederum bedeutet, daß sich der personelle Umfang dieses Kontrollapparates und mit ihm auch der finanzielle Bedarf in erträglichem Rahmen halten, und damit die Realisierbarkeit dieses Projektes überhaupt erst möglich erscheint.

2. Rechtlich, insbesondere verfassungsrechtlich ergeben sich gegen eine so konzipierte staatliche AGB-Kontrolle keine Bedenken:

Hinsichtlich der Vorlagepflicht folgt dies schon aus den oben angestellten verfassungsrechtlichen Überlegungen zu einem staatlichen AGB-Genehmigungsvorbehalt.¹⁴⁾ Wenn schon diese weitergehendere Genehmigungspflicht mit Art. 2 Abs. 1 GG als maßgeblicher¹⁵⁾ Verfassungsvorschrift vereinbar ist, so ergeben sich verfassungsrechtliche Zweifel erst recht nicht bei einer solchen, minder einschneidenden Verwaltungskontrolle. Denn grundsätzlich ist es lediglich eine Frage des gesetzgeberischen Ermessens, für welche der zu Gebote stehenden Kontrollmodalitäten er sich entscheidet.¹⁶⁾ Die dem Gesetzgeber insoweit gezogenen weiten Ermessensschränken¹⁷⁾ sind bei Statuierung einer AGB-Vorlagepflicht nicht überschritten.

Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen gleichfalls nicht gegen die Auferlegung einer Begründungspflicht für gesetzesabweichende AGB; insbesondere sind insoweit die Grundsätze der Erforderlichkeit, Geeignetheit und der Verhältnismäßigkeit des Mittels gewahrt: Die Beifügung einer Begründung für die vom Gesetz abweichenden Klauseln ist erforderlich, um der Behörde die Prüfung der sachlichen Berechtigung dieser Modifizierungen überhaupt erst zu ermöglichen. Vor allem aber stellt die Begründungspflicht nur eine unwesentliche Belastung dar, da lediglich eine schriftliche Zusammenfassung der Gründe verlangt wird, die den Unternehmer zu der, vom Gesetzesrecht abweichenden AGB-Gestaltung veranlaßt haben. Ein unverhältnismäßiger Eingriff ist hierin nicht zu erblicken.

14) Vgl. oben Kapitel VII, Ziffer 4.9.4.

15) Vorlagepflicht wie Begründungszwang könnte man mit guten Gründen auch an Art. 12 GG als insoweit speziellerer Freiheitsverbürgung messen (hierzu grundsätzlich Maunz-Dürig a. a. O. Art. 2 Anm. 53). Da hier jedoch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls (vgl. BVerfGE 7, 400) diesen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung zweckmäßig erscheinen lassen, ergibt sich auch bei solcher - ebenfalls vertretbarer - verfassungsrechtlicher Beurteilung kein anderes Ergebnis.

16) Vgl. BVerfGE 20, 161.

17) Vgl. BVerfG NJW 71, 366.

3. Einzelheiten hinsichtlich Organisation und Funktionsweise dieser AGB-Kontrolle durch die Verwaltung.

3.1. Bezüglich der äußeren Organisation erhebt sich zunächst die ganz allgemeine Frage, ob man nur eine zentrale Behörde oder aber mehrere länderbezogene Aufsichtsämter oder gar eine Kombination dieser Möglichkeiten mit entsprechender Zuständigkeitsabgrenzung errichten sollte.

Der letztgenannte, im Kartellrecht ¹⁸⁾ beschrittene Weg, sollte hier von vorneherein nicht in Betracht kommen, da er die erforderliche größtmögliche Effektivität bei zugleich geringstem Aufwand nicht zu gewährleisten verspricht. So verwundert es auch nicht, daß auch bei der kartellrechtlichen Lösung der Schwerpunkt der Kontrolltätigkeit eindeutig beim Bundeskartellamt liegt. ¹⁹⁾ Bei dieser Organisationsform steht eine Zersplitterung der Kontrolltätigkeit ebenso zu befürchten wie unnütze Reibungsverluste allein durch Kompetenzabgrenzungsschwierigkeiten.

Aus vergleichbaren Erwägungen ist jedoch auch die aufgezeigte "föderalistische" Lösung abzulehnen und einer zentralen Kontrollbehörde der Vorzug zu geben.

Es sind vor allem effektivitäts- und rationalisierungsbezogene Argumente, die für diesen Weg streiten und denen eine besondere Gewichtigkeit zukommt in einer Zeit, da nicht zu leugnende unrationelle und schwerfällige Verwaltungsapparate im Kreuzfeuer der öffentlichen Kritik stehen. Unter diesem Gesichtswinkel schlägt entscheidend zu Buche, daß eine Zentralbehörde gegenüber einer Mehrzahl verstreuter, kleinerer Behörden den Vorteil größerer Effektivität bei geringerem Aufwand hat, daß der bedeutsame behördeninterne Informationsfluß wie der Informationsstrang zu den entsprechenden Gerichten reibungsloser zu verlaufen verspricht, daß eine einheitlichere Kontrollpraxis gewährleistet wird und daß eine Zentralkatalogisierung rationeller und übersichtlicher ist als mehrere Einzelregister.

Die hieraus folgenden Vorteile bestehen auch etwa darin, daß eine Zentralbehörde an Hand eines rechtskräftigen AGB-Urteils schneller prüfen kann, ob es auch Auswirkungen auf die formularmäßigen Vertragsbedingungen von Unternehmen verwandter Branchen haben könnte, daß die darauf gegebenenfalls folgende gerichtliche Vorlage dieser AGB rascher und ohne daß verschiedene Behörden vorher ihre Entscheidungen aufeinander abzustimmen hätten, vonstatten gehen kann.

18) Vgl. § 44 Abs. 1 Ziffer 1 und 3 GWB.

19) Vgl. Müller-Henneberg-Schwartz, GWB, Gemeinschaftskommentar, 2. Auflage, 1963, § 44 Anm. 1.

Zügigkeit und Einheitlichkeit des Kontrollverfahrens aber sind bedeutsame Faktoren für die Effektivität der Kontrolle überhaupt. Eine solche Organisation vermag etwa auch in den Fällen, da die Aufsichtsbehörde nicht bereits alle einschlägigen AGB einer Branche bzw. verwandter Branchen vorgelegt hatte oder da die gerichtliche Überprüfung nur einzelner AGB auf Antrag anderer hierzu befugter Stellen erfolgt war,^{19a)} einen raschen Nichtigkeitsentscheid hinsichtlich der übrigen gleichlautenden Geschäftsbedingungen der betreffenden Branche herbeizuführen.

Neben der regelmäßig gemeinsamen Vorlage aller übereinstimmenden Branchen-AGB sichert damit auch diese zentrale Organisationsform der Aufsichtsbehörde, daß ein Gerichtsurteil nicht nur gegenüber einem einzelnen AGB-Aufsteller, sondern gegenüber allen Unternehmern des betreffenden Wirtschaftszweiges rechtsverbindlich wird.

Letztlich erscheint auch mit Blick auf die Zukunft allein eine Zentralbehörde empfehlenswert: Denn nachdem sich der Gesetzgeber für die laufende Legislaturperiode erstmals Fragen des Verbraucherschutzes in besonderem Masse anzunehmen scheint,²⁰⁾ dürfte nunmehr die Schaffung einer zentralen Verbraucherschutzbehörde in nicht mehr allzu weiter Ferne liegen.²¹⁾

In diese Richtung geht auch die internationale Entwicklung. Abgesehen von schon bestehenden, derartigen Verbraucherzentralbehörden²²⁾ liegen auch in Großbritannien²³⁾ und in Schweden²⁴⁾ ähnliche Empfehlungen amtlicher Kommissionen vor, und ist der amerikanische Kongreß derzeit mit einer Gesetzesvorlage konfrontiert, die die Errichtung einer Bundesbehörde zur Ver-

19a) Vgl. hierzu unten Kapitel XI Ziffer 3.

20) Vgl. Gerhardt, Bericht aus Bonn, ZRP 73, 43.

21) Vgl. auch v. Hippel, JZ. 72, 423. Der Gesetzentwurf der ASJ Südbayern (vgl. Anlage I) sieht ebenfalls die Errichtung einer Bundesanstalt für Verbraucherschutz vor, §§ 6 ff.

22) Vgl. die Darstellung der amtlichen, britischen Verbraucherschutzkommission, Final Report of the Committee on Consumer Protection, 1962 ("Molony Report"), S. 278.

23) Vgl. "Molony Report" (Fußnote 22), S. 269 ff, 278 ff: danach sollte eine zentrale Institution (Consumer Council) zum Schutze des Verbrauchers geschaffen werden.

24) Eine 1967 eingesetzte Kommission hat abschließend für eine zentrale Verbraucherbehörde (Statens Konsumentverk) plädiert, vgl. Konsumentpolitik, SOU 1971, S. 37 (mit Zusammenfassung in englischer Sprache).

setzung und zum Schutz der Verbraucherinteressen vorsieht.²⁵⁾ Wenn somit die zukünftige Entwicklung sowieso in Richtung auf eine zentrale Verbraucherschutzbehörde tendiert, erscheint es nur sinnvoll, auch die hier konzipierte Kontrollinstanz in dieser Form zu organisieren. Allein durch diese Organisationsform wird gesichert, daß sie sich nahtlos in künftige Entwicklungslinien einfügen können.

Für die derzeitige Rechtslage hingegen empfiehlt es sich - auch schon um eine auswuchernde Eigenverwaltung dieser Behörde zu vermeiden - sie organisatorisch dem Bundeskartellamt anzuschließen.²⁶⁾ Die funktionelle Vergleichbarkeit beider Behörden dürfte ein reibungsloses Zusammenspiel gewährleisten.²⁷⁾

- 3.2. Was die innere Organisation dieser Kontrollbehörde anlangt, so ist zunächst von der Prämisse auszugehen, daß die Bildung von "Kontrollkammern" - vorzugsweise in einer Besetzung von jeweils drei Mitgliedern²⁸⁾ - für die anstehenden Aufgaben am besten geeignet erscheint. Diese am Kollegialsystem orientierte Organisationsform garantiert eine weitestgehende Ausnutzung der Vorteile des "team-work" (breiteres Wissens- und Erfahrungsspektrum, erhöhte Richtigkeitsgewähr), ohne jedoch den Vorzug grundsätzlich eigenverantwortlicher Tätigkeit aufheben zu müssen.²⁸⁾

Sowohl das Kartellrecht, § 48 Abs. 3 GWB, als auch der Gesetzentwurf der ASJ Südbayern, § 9,²⁹⁾ wie letztlich auch der nach der israelischen Lösung

25) Vgl. Derenberg GRUR Int. 1972, 3.

26) In ähnlicher Weise sieht das rechtspolitische Programm der ASJ Hessen-Süd vor, daß das Bundeskartellamt mit den Aufgaben der von ihr konzipierten Kontrollbehörde betraut wird, vgl. ZRP 70, 191; vgl. auch Rehbinde, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, 1972, S. 39.

27) Presseberichten zufolge hat der derzeitige Präsident des BKA, Günther, kürzlich sogar gefordert, das Bundeskartellamt in ein "Amt für Monopol- und Verbraucherschutzfragen" umzufunktionieren, vgl. "Die Welt" v. 23.5.72, S. 17.

28) Zur vergleichbaren Problematik bei der Entscheidung zwischen Einzelrichter- und Kollegialsystem bei den Gerichten vgl. R. Schmidt, Zeitschrift für Politik 1908, 268; Haymann, Festgabe für R. Stammler, 1926, S. 395 ff, die auch hier beide die Überlegenheit eines Kollegialsystems herausstreichen.

29) Vgl. Anlage I.

geschaffene "Board" ³⁰⁾ gehen grundsätzlich von einem solchen Kammer-system mit drei Mitgliedern aus.

Hinsichtlich der personellen Besetzung dieser Kammern im einzelnen bieten sich im wesentlichen zwei Gestaltungsmöglichkeiten an:

Entweder werden alle Mitglieder vom Staat gestellt und müssen - wie im Kartellrecht, § 48 Abs. 4 GWB - die Befähigung zum Richteramt oder zum höheren Verwaltungsdienst haben.

Oder es wird neben einem Vorsitzenden, der wiederum die Befähigung zum Richteramt haben muß, je ein Beisitzer von Verbraucher- und Unternehmer-seite berufen. Diese Zusammensetzung entspräche den Vorstellungen der ASJ Südbayern, § 9 ihres Gesetzentwurfes, ³¹⁾ sowie dem israelischen Board, mit Abstrichen auch dem schwedischen Marktrat. ³²⁾ Es ist zu beachten, daß die Entscheidung - unter dem Gesichtspunkt ausreichender Berücksichtigung der Verbraucherinteressen - eng zusammenhängt mit der anschließend noch zu erörternden Frage, ob die zusätzliche Bestellung eines Verbraucherrats erforderlich ist.

Hier jedoch geht es vor allem um das Problem, welchen Sinn und Zweck die Beiziehung von Beisitzern der Interessengruppen hat und ob sie speziell auch in diesem Verfahren ihre Berechtigung hat.

Durch die Bestellung von Beisitzern aus den Kreisen der unmittelbar Beteiligten sollen die besonderen Kenntnisse und Erfahrungen dieser Personen auf dem betreffenden Gebiet in den Dienst einer lebensnahen Entscheidungspraxis gestellt werden. ³³⁾ Darüberhinaus soll gesichert werden, daß die beiden gegensätzlichen Standpunkte hinreichende Beachtung bei der Entscheidungsfindung erhalten.

Wenngleich hier eine sachverständige Unterstützung des "neutralen" Beamten - insbesondere hinsichtlich der relevanten wirtschaftlichen Sachverhalte - keineswegs überflüssig wäre, so ist doch folgendes maßgeblich zu berücksichtigen: Eine, auf die Kontrolle von AGB spezialisierte Behörde wird schon binnen kurzer Zeit den für die angemessene Würdigung von AGB benötigten besonderen Sachverstand aufweisen können. Insoweit bestehen be-

30) Vgl. das Standard Contracts Law 5724 - 1964, Abschnitt 3. Eine englische Fassung des Gesetzes findet sich in der Anlage zu: Richterliche Kontrolle ... (vgl. Fußnote 6) S. 175 f.

31) Vgl. Anlage I.

32) Vgl. oben Kapitel IV, Ziffer 6 sowie Lange-Fuchs NJW 71, 1494.

33) Vgl. BVerfGE 4, 406 sowie für die vergleichbare Zusammensetzung der Arbeitsgerichte: Dietz-Nikisch, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar 1954, § 6 Anm. 8.

reits wesentlich günstigere Vorzeichen als für die Judikative, die derzeit, bei ähnlicher Funktion, die Inhaltskontrolle von AGB als eine Aufgabe unter vielen und ohne sachverständige Beisitzer wahrzunehmen hat.

Daß weiterhin Standpunkt und Interessen der Unternehmer im Vorlageverfahren nicht ausreichend zur Geltung kommen könnten, steht - schon angesichts der AGB-Begründungspflicht - mit Sicherheit nicht zu erwarten.

Problematisch erscheint dies allein hinsichtlich der Letztverbraucher: da die in konkreter von den vorgelegten AGB Betroffenen überhaupt noch nicht feststehen, kommt eine unmittelbare Interessenvertretung nicht in Betracht. Da somit zu jedweden vorgelegten AGB immer nur eine Seite zu Worte kommt, besteht die Gefahr einer, zumindest unbewußten Beeinflussung der Behörde in dieser Richtung.

Dennoch empfiehlt es sich nicht, dieser Gefahr zu wehren durch Zuziehung von Beisitzern aus den beiden Interessenlagern:³⁴⁾ Abgesehen davon, daß die richterliche Stellung solchen Beisitzern insoweit nur einen sehr beschränkten Spielraum eröffnen würde, gewährleistet - zumindest für den Regelfall - bereits die Funktion der Zentralbehörde eine hinreichende Berücksichtigung der korrespondierenden Verbraucherargumente. Insoweit handelt es sich eben um ein Aufsichtsamt und beaufsichtigt wird der die AGB vorlegende Unternehmer. Daraus ergibt sich bereits von vorneherein eine ganz klare Kontrollrichtung gegen den AGB-Aufsteller. Die Behörde übt ihre Kontrolltätigkeit also gewissermaßen in Vertretung des, bei der Formulierung der AGB übergangenen Verbrauchers aus.

Nicht zu unterschätzende praktische Erwägungen weisen in dieselbe Richtung: würde man "Kontrollkammern" installieren, bei denen jeweils zwei der Mitglieder den beteiligten Interessenlagern angehörten, so käme allein das beamtete dritte Mitglied dafür in Betracht, die gemeinsame Vorlageentscheidung vor- und aufzubereiten, insbesondere die unbedenklichen AGB von vorneherein auszusondern. Gerade in diesen vorbereitenden Untersuchungen liegt jedoch ein erheblicher Teil der Arbeit der Kontrollbehörde begründet. Die notwendigen nachteiligen Konsequenzen: es müßten wesentlich mehr "Kontrollkammern" gebildet werden, Umfang und - nicht zu vergessen - finanzieller Bedarf dieser Kontrollinstanz würden unverhältnismäßig steigen.

Bei der "kartellrechtlichen" Lösung hingegen kann jedes einzelne Mitglied damit betraut werden, einen Vorgang völlig selbständig zu bearbeiten und

34) Der Beisitzer von Unternehmenseite wäre zwar um vieles weniger dringlich, aus Paritätsgründen aber nicht zu umgehen.

ein entsprechendes Votum zu verfassen. Auf der Grundlage dieses Votums wird dann die Vorlagebedürftigkeit gemeinsam diskutiert und per Mehrheitsentscheid schließlich entschieden, ob eine gerichtliche Vorlage geboten ist.

Diese Vorzüge eigenverantwortlicher Arbeit bei mitverantwortlicher Entscheidung gilt es wahrzunehmen.

3. 3. Wenngleich die Gefahr einer übermäßigen Einflußnahme der Wirtschaft für den Regelfall nicht zu besorgen ist, so bleibt doch die ungute Feststellung, daß bei diesem Verfahren eine der beteiligten Seiten unmittelbar überhaupt nicht repräsentiert wäre.

Man könnte daher an die Bestellung eines Verbraucheranwalts denken, der die Interessen der Verbraucher im Vorlageverfahren wahrzunehmen hätte. Auch § 10 des Gesetzentwurfes der ASJ Südbayern ³⁵⁾ sieht eine solche Einrichtung vor, wie auch ähnliches bereits im schwedischen Recht mit dem Verbraucher-Ombudsman (Konsumentombudsman) ³⁶⁾ institutionalisiert wurde.

Unbeschadet der ganz allgemeinen Vor- und Nachteile eines solchen Verbraucheranwalts erscheint eine solche Einrichtung jedenfalls für die hier vorliegende spezifische AGB-Kontrolle aus zwei Gründen wenig sinnvoll:

- Einmal würde sie zu einem wesentlich ausgeprägteren, intensiveren Vorlageverfahren führen. Dem Aufsichtsamt würde damit eine Bedeutung zukommen, die weit über die ihm eigentlich zugedachte bloße "Siebfunktion" hinausginge. Die Einrichtung einer Verbraucheranwaltschaft mit entsprechenden Rechten und Pflichten würde die Gefahr in sich bergen, daß bereits im Vorlageverfahren die AGB umfassend und abschließend gewürdigt würden, mithin der gerichtlichen Überprüfung praktisch eine volle Instanz vorgeschaltet würde. Der Schwerpunkt der Kontrolle aber, der nach der hier vertretenen Konzeption weiterhin bei der Judikative liegen sollte, würde damit deutlich auf die Aufsichtsbehörde verlagert werden.

- Zum anderen sind wiederum praktische wie finanzielle Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

Die Entscheidung für eine Verbraucheranwaltschaft würde auch Auswirkungen auf die Funktion der Behörde selbst haben: diese würde sich zwangsläufig von der gleichsam "parteiischen" Kontrolle in Richtung auf eine neutra-

35) Vgl. Anlage I.

36) Vgl. hierzu Lange-Fuchs NJW 71, 1494 f; v. Hippel JZ 72, 417, 418.

Im israelischen AGB-Kontrollverfahren übernimmt der Justizminister (Attorney General) bzw. dessen Vertreter eine ähnliche Funktion, vgl. Abschnitt 5 des Standard Contracts Law 5724 von 1964.

le Schiedsrichterposition verlagern. Das aber hätte zur Folge, daß die personelle Besetzung einer Verbraucherratschenschaft wenigstens annähernd so stark sein müßte wie die der Kontrollbehörde selbst. Damit jedoch würden der gesamte Verwaltungsapparat und mit ihm der Kostenaufwand in der Tat unverhältnismäßig aufgebläht werden.

3. 4. Die skizzierte Lücke ist auf andere Weise zu schließen: Unter Umgehung der aufwendigen Schaffung einer neuen Institution ist auf bereits Bestehendes, nämlich die Schutzorganisationen der Verbraucher selbst zurückzugreifen.

Wenngleich deren Organisationsbereitschaft - auch international gesehen ³⁷⁾ - nur mangelhaft ausgeprägt ist, so zeichnet sich doch durch Fusionen von Verbraucherverbänden in letzter Zeit ab, ³⁸⁾ daß sich hier allmählich ein effektiveres Gegengewicht zu den einflußreichen Verbänden von Industrie und Handel zu bilden im Gange ist. Jedenfalls erscheint es sachgerecht, die "Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher" (AGV) als neu gebildeten Dachverband und repräsentatives Organ der Verbraucherschaft in das AGB-Kontrollverfahren miteinzubeziehen.

Diese Mitwirkung sollte im einzelnen so beschaffen sein, daß der AGV Kopien jedweder vorgelegter AGB samt Begründung übermittelt werden und sie das Recht hat, gegebenenfalls eine Gegendarstellung abzugeben.

Um die Präventivkontrolle jedoch zeitlich nicht unnötig in die Länge zu ziehen, erscheint es - auch angesichts ihrer bloßen Siebfunktion - angebracht und berechtigt, für das Gegendarstellungsrecht eine kurze, etwa 4 bis 6-wöchige Frist zu setzen. Für den Fall der Nichtberücksichtigung vorgebrachter Bedenken ist der AGV das im folgenden Kapitel näher zu erläuternde Recht einzuräumen, die betreffenden AGB selbst dem zuständigen Gericht zur Überprüfung vorzulegen.

Diese Mitwirkungsbefugnis der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher hat nicht nur den Vorteil, daß die eigentlich Betroffenen auf die Kontrolle Einfluß zu nehmen vermögen: einerseits erfahren damit die Verbraucherorga-

37) Vgl. v. Hippel JZ 72, 420.

38) Vor kurzem haben sich die 11 Verbraucherzentralen in den einzelnen Bundesländern, die Arbeitsgemeinschaft Hauswirtschaft, der Bundesausschuß für volkswirtschaftliche Aufklärung sowie die bisherigen Mitgliedsorganisationen der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände zu einem gemeinsamen Dachverband - der "Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher" (AGV) - zusammengeschlossen, vgl. die Verbraucherzeitschrift "test" der Stiftung Warentest, Heft 1/72 S. 6.

nisationen eine spürbare Aufwertung, was der Hoffnung Nahrung gibt, daß sich diese Form des Verbraucherselbstschutzes in Zukunft größerer Anziehungskraft und damit Effektivität erfreuen wird.

Andererseits ist dieser Weg - da er auf bereits Bestehendem aufbauen kann - die mit Sicherheit "billigere" Lösung.

- 3.5. Hinsichtlich der Funktionsweise dieser Kontrollbehörde stellt sich die Frage, ob man positive Erfahrungen mit einer Art unverbindlichen "Vorschaltverfahren", die man sowohl im deutschen Kartell- und Versicherungsaufsichtsrecht als auch bei der freiwilligen israelischen AGB-Kontrolle zu verzeichnen hatte, in ähnlicher Form auch bei dem hier skizzierten Kontrollverfahren verwerten sollte.

- 3.5.1. Im Kartellrecht sieht dieses - nichtinstitutionalisierte - "Vorverfahren" so aus, daß vor Anmeldung bzw. vor dem Antrag auf Erlaubnis von Kartellen nach den §§ 2 - 7 GWB zwischen Antragsteller und Bundeskartellamt unverbindliche Sondierungsgespräche über die "Erfolgsaussichten" einer Anmeldung geführt werden.³⁹⁾

Nach erfolgter Anmeldung setzt sich diese Übung bei Erörterungen zwischen den Beteiligten fort, die dann gegebenenfalls in eine Mitteilung von Bedenken seitens des Bundeskartellamtes münden.⁴⁰⁾

Diese Vorgespräche und Erörterungen haben sich als vorteilhaft für alle Beteiligten erwiesen: die Wirtschaft vermag sich von vorneherein ein Bild über die vermutliche Einstellung des BKA zu machen, sie kann ihre Anmeldung dementsprechend formulieren bzw. gegebenenfalls umformulieren und ist somit vor unliebsamen Überraschungsentscheidungen gewappnet.⁴¹⁾

Das BKA hingegen ist nicht gezwungen, immer wieder neuen Anmeldungen mit einem Widerspruch⁴²⁾ oder einer Erlaubnisversagung zu begegnen, mithin auf eine unflexible Haltung des "Alles oder Nichts" angewiesen zu sein. Vor allem aber wird damit einer Überlastung der Rechtsprechung gewehrt, die ansonsten mit großer Wahrscheinlichkeit gegen die meisten ablehnenden

39) Vgl. v. Brunn, Die Verwaltungspraxis zu den Konditionenkartellen, Kartellrundschau, Heft 1, 1960 S. 39/40; Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des BKA für 1959, WuW-Schriftenreihe, Heft 8, S. 93.

40) Vgl. den Bericht des BKA für 1958, Bundestags-Drucksache III-1000, S. 40.

41) Vgl. v. Brunn, Die Verwaltungspraxis ... (Fußnote 39) S. 40.

42) Der zudem in den Fällen der §§ 2, 3 und 5 GWB durch die 3-Monatsfrist unter einem besonderen Zeitdruck steht.

Bescheide des BKA angerufen würde. Wie sich aus Presseinformationen des BKA ergibt,⁴³⁾ haben sich diese unverbindlichen Sondierungsgespräche in der Praxis beispielsweise so ausgewirkt, daß die ersten elf, dem BKA vorgelegten Konditionenkartelle nach ihrer Anmeldung - bis auf zwei bloße Angleichungskartelle⁴⁴⁾ - alle Änderungen erfahren haben. In sieben Fällen wurden sogar entweder wesentliche⁴⁵⁾ oder aber einige⁴⁶⁾ Änderungen vorgenommen, ehe die Konditionenkartelle in ihrer endgültigen Fassung wirksam werden konnten.

- Für das Versicherungsaufsichtsrecht haben diese unverbindlichen, vorbereitenden Gespräche sogar eine sehr viel größere praktische Bedeutung erlangt, als die zum Teil äußerst einschneidenden Eingriffsbefugnisse.⁴⁷⁾

Neben unverbindlichen Anregungen, Empfehlungen und Wünschen sind hier vor allem auch Veröffentlichungen von allgemeinen Aufsichtsgrundsätzen und von sog. Musterbedingungen⁴⁸⁾ von großer praktischer Bedeutung. Diese Praxis hat zur Folge, daß die Versicherer die Genehmigung neuer Allgemeiner Versicherungsbedingungen üblicherweise immer erst dann beantragen, wenn nach den Vorgesprächen feststeht, daß das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen (BAV) zur Erteilung der Genehmigung bereit ist.⁴⁹⁾

- Aus Israel berichtet schließlich Yadin⁵⁰⁾ von einem Fall, da eine große Firma - bevor sie ihre AGB offiziell dem Board zur Genehmigung vorlegte - zuerst die Bedingungen mit dem zuständigen Vertreter des Justizministers er-

43) Die einschlägigen Presseinformationen sind abgedruckt bei v. Brunn, Die Verwaltungspraxis ... (Fußnote 39) S. 73 ff.

44) Vgl. die Presseinformationen Nr. 20/59 v. 11. 9. 1959 und Nr. 26/59 v. 12. 11. 1959, abgedruckt bei v. Brunn, Die Verwaltungspraxis ... (Fußnote 39) S. 73 ff.

45) Vgl. die Presseinformation Nr. 4/58 v. 24. 10. 58, abgedruckt bei v. Brunn, Die Verwaltungspraxis ... (Fußnote 39), S. 73 ff.

46) Vgl. die Presseinformationen Nr. 3/59 v. 12. 2. 59, Nr. 10/59 v. 24. 4. 59, Nr. 17/59 v. 28. 8. 59, Nr. 21/59 v. 12. 9. 59, Nr. 25/59 v. 7. 11. 59, Nr. 32/59 v. 23. 12. 59, abgedruckt bei v. Brunn, Die Verwaltungspraxis ... (Fußnote 39) S. 73 ff.

47) Vassel, Einflußnahme des Staates auf die Ausgestaltung der AVB, 1971, S. 57.

48) Starke VersR 66, 893; Vassel a. a. O. S. 57, 59 ff.

49) Vgl. Vassel a. a. O. S. 58.

50) Yadin, Richterliche Kontrolle ... (vgl. Fußnote 6) S. 154, Fußnote 34.

örterte. Sodann modifizierte sie ihre AGB entsprechend den Ergebnissen dieser Vorgespräche und erst dann stellte sie den förmlichen Genehmigungsantrag. Die Bedingungen wurden sofort und unverändert genehmigt.

3. 5. 2. Läßt sich eine solche Verwaltungspraxis auch auf das hier konzipierte Kontrollverfahren übertragen?

Insoweit sind zunächst die unterschiedlichen Funktionen von BKA, BAV und israelischem Board einerseits und der hier skizzierten Kontrollinstanz andererseits zu berücksichtigen: Da hier keine unmittelbar rechtsverbindlichen Entscheidungen zu treffen sind, vielmehr nur eine zügige und kursorische Vorkontrolle errichtet werden soll, sind derartige Vorgespräche - soweit die AGB überhaupt noch nicht vorgelegt worden sind - regelmäßig abzulehnen. Denn anders als bei einer verbindlich entscheidenden Genehmigungsbehörde hat der vorlegende Unternehmer hier, da bloß über die gerichtliche Kontrollbedürftigkeit der AGB zu befinden ist, kein ähnlich starkes Schutzbedürfnis vor Überraschungsentscheidungen der Behörde.

Weiterhin widerspräche es dem Wesen einer vorbeugenden "Siebkontrolle", wenn man ihr noch zusätzliche Sachverhandlungen vorschalten würde. Damit wäre wiederum die Gefahr eines eigenständigen, einem Genehmigungsverfahren materiell gleichgewichteten Verfahrens gegeben, eines Verfahrens, in dem bereits die eigentlich maßgeblichen Entscheidungen getroffen würden. Zudem würde bei jedweder richterlichen Kontrolle solcher AGB der Unternehmer darauf verweisen können, daß die betreffenden Klauseln nicht nur mit der Behörde "abgestimmt", daß sie manchmal sogar nach den Vorstellungen der Behörde überhaupt erst formuliert worden seien. Die Gefahr einer erhöhten Bestandskraft eigentlich unbilliger AGB ist nicht von der Hand zu weisen.

- Grundsätzlich anderes muß hingegen gelten für die Fälle, da die Behörde hinsichtlich vorgelegter AGB zu dem Ergebnis gekommen ist, daß erhebliche Zweifel an deren Wirksamkeit bestehen und folglich eine gerichtliche Überprüfung eigentlich geboten wäre.

Um insoweit eine Überlastung der Gerichte möglichst zu vermeiden und um den AGB-Aufsteller noch vor der gerichtlichen Vorlage zu einem Überdenken der beanstandeten Teile seiner AGB zu veranlassen, sollte ihm in diesen Fällen eine entsprechende Mitteilung zugehen, gegebenenfalls unter Hinweis auf einschlägige, oder sogar die Vorlage von ~~A~~mts wegen erst "auslösende", neue Gerichtsentscheidungen. In der Mitteilung wird angekündigt, daß die beanstandeten AGB binnen kurzer, aber angemessener Frist dem zuständigen Gericht zur Kontrolle vorgelegt werden. Wird bis zum Ablauf dieser Frist keine neue, billigenwerte Fassung der AGB übermittelt, so erfolgt der Antrag auf gerichtliche Überprüfung.

Einer solchen Mitteilung käme eine warnende Funktion zu, indem dem betreffenden Unternehmer die Gelegenheit gegeben wird, seine Bedingungen selbst zu korrigieren. Erreicht würde zudem eine wünschenswerte Vermeidung überflüssiger ⁵¹⁾ Gerichtsverfahren.

Allerdings ergeben sich auch hier wiederum Grenzen aus der besonderen Funktion dieser Kontrollbehörde. Dieser "Siebfunktion" widerspräche es, wenn das "Vorschaltverfahren" durch nachgeschobene, umfangreiche Begründungen oder durch wiederholte, im Kern gleichbleibende Neuformulierungen der beanstandeten Klausel(n) zu einem eigenen, zeitraubenden Verfahren ausgebaut und mißbraucht würde. Um dies zu verhindern, sind den betreffenden Unternehmern sehr kurze und bindende Fristen ⁵²⁾ zu setzen. Nach Ablauf dieser Frist werden weitere Einwände des AGB-Aufstellers nicht mehr berücksichtigt und die AGB - sofern eine befriedigende Korrektur nicht erfolgt ist - dem Gericht zur Überprüfung vorgelegt.

Abschließend sei noch hervorgehoben, daß es sich insoweit bloß um eine Empfehlung für die Praxis der Kontrollbehörde handelt; weder ist den Vorlageverpflichteten ein Recht auf eine solche formlose Mitteilung einzuräumen, noch ist die Behörde etwa stets zu derartigem Vorgehen zwingend gehalten. Wie in den eingangs dargestellten Beispielen soll auch hier nur eine sinnvolle, aber unverbindliche Verwaltungsübung besorgt werden.

3. 6. Einige praktischsehr bedeutsame Probleme ergeben sich speziell für den Zeitraum nach erstmaliger Aufnahme der Kontrolltätigkeit.
3. 6. 1. Es ist zu bedenken, daß die Behörde am Anfang ihrer Kontrolltätigkeit mit einem unverhältnismäßig hohen Arbeitsanfall konfrontiert werden wird: denn zunächst einmal müssen ihr alle bereits im Rechtsverkehr befindlichen "Publikums-AGB" zur Überprüfung vorgelegt werden. Diese Überprüfung würde zudem noch dadurch erschwert, daß sich zugleich der maßgebliche Gültigkeitsmaßstab durch die hier vorgeschlagene gesetzliche Regelung verändert hätte.

Daraus resultiert - abgesehen von den üblichen Einarbeitungsschwierigkeiten - eine anfänglich weit überdurchschnittliche Arbeitsbelastung.

Dies gilt es bei der Festsetzung des benötigten personellen Umfangs dieser

51) Auch im Versicherungsaufsichtsrecht kommt es häufig vor, daß Bedenken der Genehmigungsbehörde durch geringfügige Änderungen der vorgesehenen Bedingungen ohne Schwierigkeiten ausgeräumt werden, vgl. Vassel a. a. O. S. 63.

52) Allerdings sind angesichts des anfänglich bevorstehenden, überdurchschnittlichen Arbeitsanfalls die Fristen im eigenen Interesse der Behörde gegebenenfalls zu verlängern.

Kontrollbehörde zu berücksichtigen. Vor allem ist der Gefahr zu wehren, daß die Behörde dadurch aufgebläht wird, daß das Personalsoll nach der einmaligen, anfänglichen Arbeit belastung ausgerichtet wird. Angesichts des staatlichen Verwaltungen in soweit eigenen Beharrungsvermögens, dürfte es nämlich im Regelfall leichter sein, eine Planstelle zu schaffen, als sie wieder zu beseitigen.

Der aufgezeigten Gefahr ist dadurch Rechnung zu tragen, daß das Personalsoll nach dem Arbeitsanfall orientiert wird, der sich bei späterer Normalisierung voraussichtlich ergeben wird.

Dabei wird es sich - neben der Vorlage von AGB neu gegründeter Unternehmen - im wesentlichen nur um Änderungen bereits verwendeter Formularbedingungen handeln.

3.6.2. Wie aber ist die anfängliche, überdurchschnittliche Arbeitsbelastung praktisch zu bewältigen?

Zum einen ist an Übergangsregelungen zu denken, die etwa verschiedene, hintereinander gestaffelte Vorlagetermine für die verschiedenen Wirtschaftszweige festsetzen. Vor allem aber ist zu bedenken, daß die hier konzipierte AGB-Kontrollinstanz - im Gegensatz etwa zu einer Genehmigungsbehörde - unter keinerlei zeitlichem Druck stehen wird: weder ist der Vorlegende für die Verwendung der AGB auf das behördliche Plazet angewiesen, noch steht die Behörde unter dem Zwang, bestimmte Fristen wie etwa in den Fällen der §§ 2 Abs. 3, 3 Abs. 3, 5 Abs. 1 GWB einzuhalten.

Das bedeutet, daß die Behörde bei jedweder Arbeitsüberlastung bedenkenlos auf eine, an der unterschiedlichen Dringlichkeit der Vorlagefälle orientierte Prioritätenliste zu rekurrieren vermag. Auf diese Weise könnte etwa die Überprüfung wirtschaftlich unbedeutender oder offensichtlich angemessener AGB zeitlich zurückgestellt werden. Ebenso könnte man z.B. bei AGB verfahren, die inhaltlich allem Anschein nach identisch sind mit bereits geprüften und für unbedenklich befundenen Geschäftsbedingungen aus derselben Branche.

3.6.3. Ein weiteres, in der Anfangsphase relevantes Problem ergibt sich daraus, daß mit Errichtung der Verwaltungskontrolle der Erlass der gesetzlichen Sondernormen für Allgemeine Geschäftsbedingungen einhergeht. Das aber wiederum bedeutet, daß wie bei jeder gesetzlichen Neuregelung eine Zeit erhöhter Rechtsunsicherheit nicht zu vermeiden ist.

Um diese Rechtsunsicherheit so schnell wie möglich zu beseitigen, sollte die Aufsichtsbehörde daher sofort nach Arbeitsaufnahme einige der am meisten verwendeten, wirtschaftlich bedeutendsten und natürlich auch hinsichtlich ihrer Rechtswirksamkeit mit erheblichen Zweifeln belasteten Geschäftsbedingungen der gerichtlichen Kontrolle zuführen. Mit dieser Vorlage wird zweier-

lei erreicht:

- Erstens wird hinsichtlich der wichtigsten AGB sehr bald Klarheit über ihre Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit geschaffen.
- Daneben aber erhält vor allem die Rechtsprechung Gelegenheit zur richtungsweisenden Anwendung der neuen gesetzlichen Regelung.

Auf diese Weise wird auch der Forderung Rechnung getragen, daß die Judikative das maßgebliche und für die Gesetzesauslegung berufene Kontrollorgan sein muß und nicht umgekehrt die Verwaltungsbehörde. Letzterer wiederum wird damit die Durchführung der Kontrolle wesentlich erleichtert: die Behörde kann sich an diesen richtungsweisenden Entscheidungen orientieren, ebenso wie damit für die Wirtschaft die Phase erhöhter Rechtsunsicherheit weitgehend beendet sein wird und sie bereits von sich aus die erforderlich erscheinenden Korrekturen an ihren AGB vorzunehmen vermag.

4. Jedwede freiheitsbeschränkenden Maßnahmen und Kontrollen durch staatliche Organe werden auf Mißtrauen und Ablehnung bei den Betroffenen stoßen. Dies ist ebenso gewiß wie das zu erwartende Bestreben einiger Gruppen, etwaige Lücken und Umgehungsmöglichkeiten in dem Kontrollsystem zu erspüren. Vor allem aber könnten die regelmäßig am meisten kontrollbedürftigen Personen versuchen, Kontrollen wie Beschränkungen überhaupt zu ignorieren, soweit dies unter Einkalkulierung des AGB-spezifischen Abschreckungseffekts ⁵³⁾ erfolgsversprechend und angesichts der hierbei drohenden Sanktionen noch vertretbar erscheint.

Der wahre Nutzeffekt einer staatlichen Kontrolle zeigt sich demnach erst darin, inwieweit es gelingt, solche Umgehungen und Mißbräuche zu verhindern, jedenfalls aber aufzudecken.

4. 1. Speziell im Hinblick auf die hier konzipierte Verwaltungskontrolle gilt es jedoch, eine erste Einschränkung zu machen: angesichts der Funktion dieser Behörde, nur eine gerichtliche Vorlage, nicht aber eine Sachentscheidung selbst veranlassen zu können, steht zu erwarten, daß die Umgehungsversuche der betroffenen Wirtschaft sich in Grenzen halten werden. Wo keine unmittelbar rechtsverbindlichen Eingriffe zu besorgen sind, werden sich auch Rechtsmißbräuche als minder "interessant und lukrativ" erweisen. Darüberhinaus sollte man bei allem gebotenen Mißtrauen nicht übersehen, daß es gerade bei der Verwendung von Massenverträgen für die Wirtschaft aus Rechtssicherheits- und Kalkulationsgründen von einiger Bedeutung ist, daß die gewählten Klauseln mit Sicherheit wirksam und rechtsbeständig sind. ⁵⁴⁾ Dies muß jedenfalls dann gelten, wenn die AGB durch eine staatli-

53) Vgl. ausführlich oben Kapitel III, Ziffer 1.

54) Vgl. auch v. Brunn a. a. O. S. 97/98, 100.

che Aufsicht ganz allgemein ins Rampenlicht der Kritik gerückt werden, wenn das Spekulieren mit dem Abschreckungseffekt eigentlich unwirksamer AGB wesentlich riskanter geworden ist.

4.2. Zuwiderhandlungen gegen das staatliche Kontrollverfahren sind in mehrerlei Formen denkbar:

- a. Ein Unternehmen unterläßt die Vorlage seiner AGB bei der Behörde.
- b. Ein Unternehmen verwendet in Wirklichkeit andere als die vorgelegten AGB.
- c. Ein Unternehmen negiert zu seinen AGB ergangene bestandskräftige Gerichtsentscheidungen und die daraufhin erfolgten behördlichen Anmahnungen zu einer Modifizierung der AGB.

4.2.1. Für alle aufgezeigten Modalitäten ⁵⁵⁾ ist ganz allgemein festzustellen: Umfangreiche und umständliche Kontrollapparate sind weder empfehlenswert noch erforderlich.

Die Abwehr etwaiger Umgehungs- und Mißbrauchsversuche sollte vielmehr vorbeugend und abschreckend gestaltet sein. Primär hat dabei die Mißbrauchsabwehr dort anzusetzen, wo bei einer rein profitorientierten Wirtschaft die geringsten "Verständigungsschwierigkeiten" bestehen: beim Geld.

Das bedeutet konkret, daß jedwede Zuwiderhandlungen als Ordnungswidrigkeiten geahndet und mit empfindlichen ⁵⁶⁾ Geldbußen belegt werden. Dieser Weg erscheint ebenso simpel wie wirkungsvoll.

Des weiteren sollte vor allem eine Art "öffentliche Kontrolle", sei es durch die Massenmedien, sei es durch die unmittelbar betroffenen Verbraucher selbst, gefördert werden. Diese öffentliche Kontrolle erscheint insbesondere dort geeignet, wo es um die beiden ersten aufgezeigten Mißbrauchsmöglichkeiten geht: um der - gering zu schätzenden - Gefahr zu begegnen, daß an-

55) Hervorzuheben ist, daß diese Umgehungs- und Mißbrauchsmöglichkeiten in genau derselben Weise bei einem Genehmigungsvorbehalt bestehen würden. Beispielsweise garantiert die bloße Existenz einer Genehmigungspflicht noch nicht, daß die tatsächlich verwendeten AGB auch wirklich genehmigt worden sind. So gibt auch Vassel, a. a. O. S. 64, hinsichtlich der Versicherungsaufsicht zu bedenken, daß die Versicherungsunternehmen durch passives Verhalten sowie durch Erschöpfen aller Rechtsmittel gegen Anordnungen des BAV dessen Tätigkeit so sehr erschweren könnten, daß ein hinreichender Schutz der Versicherten nicht mehr gewährleistet wäre. ⁵⁶⁾

56) Der Bußgeldrahmen könnte sich in etwa am kartellrechtlichen Bußgeldrahmen orientieren, der bei Verstößen gegen Auskunfts- und Meldepflichten Höchstbeträge von 25.000,- DM bzw. 50.000,-DM vorsieht, § 39 GWB.

dere als die vorgelegten AGB im Rechtsverkehr tatsächlich verwendet werden, könnte man den Verbrauchern ein Recht auf Einsicht in die betreffenden, dem Amt vorgelegten Bedingungen gewähren. Allein das Bestehen dieser Vergleichsmöglichkeit sollte bewirken, daß kein Unternehmer auf diesen Ausweg verfällt.

Vor allem aber sollte auf eine vermehrte Publikation von AGB-Urteilen in allen Massenmedien gedrungen werden. Ohne die Wirksamkeit jedweder Publikationsorgane zu überschätzen, dürfte sich daraus doch ein gewisser mittelbarer Druck auf die verantwortlichen Wirtschaftskreise ergeben.

Eines jedenfalls sollte mit einer solchen intensivierten, öffentlichen Kontrolle erreicht werden: schon durch den Informationszuwachs sowie durch die teilweise Einbeziehung der Verbraucher in eine aktive Mitwirkung bei der AGB-Kontrolle sollte die resignierende, fast fatalistische Haltung der Konsumenten gegenüber AGB einer bewußteren, aufgeschlosseneren und auch aggressiveren Haltung weichen.⁵⁷⁾

4.2.2. Zu den aufgezeigten Umgehungsmodalitäten ist im einzelnen noch folgendes anzumerken:

zu a: Um sicherzustellen, daß AGB tatsächlich der Behörde vorgelegt worden sind, könnte man - ähnlich wie die Vorschläge der ASJ Hessen-Süd⁵⁸⁾ und der ASJ Südbayern⁵⁹⁾ es vorsehen - daran denken, die vorgelegten AGB mit einer Registriernummer zu versehen.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß auch eine einfache Registriernummer dem Verbraucher suggerieren könnte, daß hier etwas mit staatlicher Billigung erfolgt ist und daß damit bei der Allgemeinheit der falsche Eindruck entstehen könnte, daß diese AGB "in Ordnung gehen", daß gegen sie "nichts zu machen" ist. Dabei gibt die Vorlage - hier wie auch bei dem Kontrollmodell der ASJ Hessen-Süd - noch nicht einmal Gewißheit darüber, ob die eingereichten AGB überhaupt schon sachlich überprüft worden sind.

57) Vgl. auch Baur DAR 62, 329. Erste Ansätze in dieser Richtung sind bereits heute erkennbar: laut Pressebericht der "Süddeutschen Zeitung" vom 13.3.73, S. 9, hat z.B. die Bayerische Verbrauchergemeinschaft die Bevölkerung aufgefordert, an einem verbesserten Verbraucherschutz bei Geschäftsabschlüssen, Kauf- oder Lieferverträgen aktiv mitzuwirken. Dazu hat sie zur Übermittlung unzumutbarer Allgemeiner Geschäftsbedingungen aufgefordert.

58) Vgl. ZRP 70, 190.

59) Vgl. § 17 des Gesetzentwurfes (Anlage I).

zu c: Insoweit geht es nicht etwa um die Negation der Rechtskraft des konkreten, entschiedenen Streitfalles, sondern vielmehr darum, daß der Unternehmer seine AGB generell in Zukunft mit dem ergangenen Urteil in Einklang bringt.

Eine erste Kontrolle ergibt sich daraus, daß die Behörde den Betreffenden annehmen wird, eine neue, billigenswerte Fassung seiner AGB vorzulegen. Darüberhinaus könnte man noch daran denken, den Unternehmer zu verpflichten, das einschlägige Urteil in seinen Geschäftsräumen auszuhängen oder seinen AGB einen entsprechenden Vermerk hinzuzufügen. Allerdings würde eine solche Pflicht zur eigenen Bloßstellung in unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung allenfalls erst dann zumutbar sein, wenn ein Unternehmer es binnen angemessener Frist unterlassen hätte, seine AGB entsprechend dem Gerichtsentcheid zu modifizieren.

5. Abschließend muß sich die hier konzipierte Verwaltungskontrolle einen Vergleich mit ähnlichen, bereits bestehenden staatlichen Kontrollinstanzen in anderen Wirtschaftsbereichen gefallen lassen. Dabei wird insbesondere zu prüfen sein, ob und inwieweit dort zutage getretene Probleme und Mängel auch bei der hier vorgeschlagenen, staatlichen AGB-Kontrolle zu erwarten sind. Zum Vergleich herangezogen werden das Bundeskartellamt (BKA) sowie das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen (BAV).
- 5.1. Unabhängig von den jeweiligen Besonderheiten dieser beiden Verwaltungskontrollen ergeben sich auch hier wieder schon von der Funktion her gewichtige Unterschiede, die bei BKA wie BAV für die wesentlichsten Probleme und Schwierigkeiten verantwortlich zeichnen.

Denn wie es für das BAV charakteristisch ist, daß dieser Behörde jeweils unmittelbar rechtsgestaltende Befugnisse eingeräumt sind,⁶⁰⁾ so verlangen auch die dem BKA aufgetragenen Aufgaben in aller Regel rechtsverbindliche Entscheidungen, die einen unmittelbaren Eingriff in die Rechtssphäre der jeweils Betroffenen darstellen.⁶¹⁾

Wenn demgegenüber die hier konzipierte AGB-Kontrolle mit einer bloßen gerichtlichen Vorlagebefugnis, ohne eigene Gestaltungsmöglichkeiten ausgestattet ist, so ergeben sich hieraus einige ganz gewichtige Folgerungen:

60) Vgl. §§ 81 Abs. 2 Satz 1, 81 a Satz 1, 81 a Satz 2, 89 Abs. 1 Satz 1 VAG. Nach § 81 a Satz 1 VAG können sogar früher genehmigte AVB unmittelbar, ohne Mitwirkung des Versicherungsunternehmers geändert oder gänzlich aufgehoben werden.

61) Vgl. vor allem §§ 12, 22 Abs. 3 - 5 GWB. Speziell hinsichtlich AGB: §§ 1, 2 GWB mit indirektem staatlichen Genehmigungserfordernis.

- Daß eine solche staatliche "Siebkontrolle" ein wesentlich weniger intensives Ermittlungsverfahren und damit zugleich einen kleineren Verwaltungsapparat erfordert, wurde bereits in ähnlichem Zusammenhang dargelegt. Wenngleich auch hier solche, in ihrer Bedeutung für die Rechtspraxis kaum hoch genug einzuschätzende Probleme mit Sicherheit nicht gänzlich zu umgehen wären, so kommt ihnen doch ebenso sicher nicht derselbe Stellenwert zu wie bei den vergleichbaren, bereits bestehenden Staatskontrollen.

Ein praktisches Beispiel aus dem, dem Versicherungsaufsichtsrecht - vor allem hinsichtlich seiner schwerwiegenden Eingriffsbefugnisse ⁶²⁾ - ähnlichen staatlichen Aufsichtsrecht über das Kreditwesen mag diese These verdeutlichen: So wurde anlässlich dreier spektakulärer Bankinsolvenzen aus jüngster Zeit ⁶³⁾ die überzeugende Rechnung aufgemacht, daß die mit dieser staatlichen Bankenaufsicht über immerhin 7.200 Kreditinstitute betrauten 175 Beamten bei dieser Aufgabe völlig überfordert seien, daß vielmehr hierfür in Wirklichkeit ca. 3.000 Kontrolleure erforderlich wären. ⁶⁴⁾

Ein mitausschlaggebender Grund für diese Überforderung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen ist mit Sicherheit die Tatsache, daß es Entscheidungen von ganz erheblicher wirtschaftlicher Tragweite zu fällen hat.

Um eine so schwerwiegende Entscheidung wie die Schließung eines Bankinstituts zu veranlassen, bedarf es nun einmal ganz anderer Untersuchungen und Beweismittel als für die bloße Entscheidung, daß wegen erheblicher Zweifel eine gerichtliche Überprüfung von AGB vonnöten sei.

- In engem Zusammenhang mit dem Vorangegangenen steht die zu beobachtende besondere Zurückhaltung ⁶⁵⁾ dieser staatlichen Überwachungsbehörden: Abgesehen von den hier auftretenden und noch darzustellenden spezifischen Schwierigkeiten der Sachverhaltsermittlung, resultiert diese Zurückhaltung auch aus der Tatsache, daß mit diesen Entscheidungen regelmäßig wirtschaftlich und rechtlich gravierende Eingriffe in die Rechtssphäre Privater einhergehen.

62) Vgl. §§ 32, 33, 35 Abs. 2, 45 ff des Gesetzes über das Kreditwesen vom 10.7.1961 (BGBl I S. 881).

63) Betreffend das "Bankhaus Bansa KG", die "Bayerische Wirtschaftsbank AG" sowie das "Bankgeschäft Findorff", vgl. auch schon Kapitel VII, Ziffer 3.3., Fußnote 36 (S. 82).

64) Vgl. "Süddeutsche Zeitung" vom 17./18.3.73, S. 23.

65) Vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für 1959, WuW-Schriftenreihe, Heft 8, S. 93 sowie für das Versicherungsaufsichtsrecht: Vassel a.a.O. S. 119.

- Dazu kommt weiterhin, vor allem bei der Versicherungs-⁶⁶⁾ und auch bei der ähnlich strukturierten Bankenaufsicht, die allgegenwärtige Gefahr etwaiger Amtshaftungsansprüche, die ebenfalls die Entscheidungsfreudigkeit dieser Behörden zu lähmen geeignet ist. So wurde etwa sogar im Falle der Schließung des Bankhauses Bansa KG, die angesichts der geprellten Gläubiger (voraussichtliche Quote : 50 %) mit Sicherheit zu spät erfolgt ist, von Seiten des Institutes Klage wegen Geschäftsschädigung gegen das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen erhoben.⁶⁷⁾

Demgegenüber sind alle diese Probleme bei der hier konzipierten Verwaltungskontrolle nicht zu befürchten: Da die Entscheidung dieser Behörde allein dahingeht, daß eine gerichtliche Überprüfung bestimmter AGB geboten erscheint, mithin auch das Damoklesschwert etwaiger Amtshaftungsansprüche entfällt, ist hier eine solche besondere Zurückhaltung nicht zu besorgen. Es wird eben gerade nicht eine rundherum abgesicherte Entscheidung verlangt wie dort, wo sie oftmals erst nach 150 %iger, beweiskräftiger Absicherung - aber dann möglicherweise auch zu spät - erfolgt.

5.2. Darüberhinaus sind ganz spezifische Schwierigkeiten und Probleme zu beachten, die der Tätigkeit und Effektivität sowohl des BKA wie auch des BAV in erheblichem Maße hinderlich sind und die bei der hier konzipierten AGB-Aufsicht nicht gleichermaßen einschlägig sind.

5.2.1. Hinsichtlich des Bundeskartellamtes ist insoweit zunächst bedeutsam, daß hier ein deutliches Übergewicht der aufklärungsbedürftigen Tatfragen gegenüber rechtlichen Erwägungen besteht.⁶⁸⁾ Problematisch wird dieses Übergewicht jedoch erst dadurch, daß die Sachverhaltsermittlungen hier regelmäßig auf besondere Schwierigkeiten stoßen:

So ist etwa bei der Fusionskontrolle jeweils der räumlich relevante Markt zu ermitteln, der je nach den Eigenheiten der betreffenden Branche vom kleinen Regionalmarkt (Dienstleistungen) über alle Schattierungen hinweg bis hin zum Weltmarkt (Schiffs- und Flugzeugbau) reichen kann.⁶⁹⁾

Im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB wird weiterhin auf den

66) Vgl. Prölss-Schmidt-Sasse, Versicherungsaufsichtsgesetz, Kommentar, 6. Auflage, 1971, vor § 10a BAG, Anm. 4.

67) Vgl. die Berichte in der "Süddeutschen Zeitung" vom 27.2.73, S. 12 und vom 28.2.73, S. 23.

68) Vgl. den Tätigkeitsbericht des BKA für 1968, Bundestags-Drucksache V-4236, Vorwort, S. 12.

69) Vgl. den Tätigkeitsbericht des BKA für 1968, Bundestags-Drucksache V-4236, Vorwort, S. 9.

Gedanken des sogenannten "Als-ob-Wettbewerbs" abgestellt,⁷⁰⁾ was einen Vergleich mit einer hypothetischen Marktsituation - nämlich bei unterstellter, wirksamer Konkurrenz - voraussetzt. Indem schon dieser Maßstab höchste Unsicherheiten mit sich bringt,⁷¹⁾ so werden diese noch dadurch kulminiert, daß insoweit detaillierte und längere Marktbeobachtungen erforderlich sind,⁷²⁾ daß erschöpfende Marktanalysen benötigt werden.⁷³⁾

Ein weiteres, schwieriges Problem speziell für die Kartellbehörden ergibt sich daraus, daß sie es oft mit volks- und betriebswirtschaftlichen Fragen zu tun haben und insoweit gehalten sind, diese unter mehr oder weniger unbestimmte Rechtsbegriffe zu subsumieren.⁷⁴⁾

Wenn es im Tätigkeitsbericht des BKA für 1968 heißt, daß "konkrete, aufgrund empirischer Untersuchungen gewonnene Vorstellungen über die Auswirkungen der Konzentration eine der wesentlichsten Voraussetzungen für eine rationale staatliche Konzentrationspolitik sind", zugleich aber eingeräumt wird, daß solche umfassenden Untersuchungen für die Bundesrepublik Deutschland nicht vorliegen,⁷⁵⁾ so offenbaren sich hier in aller Deutlichkeit die spezifischen Schwierigkeiten dieser Staatsaufsicht.

Diese manifestieren sich gleichsam bei einem weiteren Schwerpunkt der kartellamtlichen Tätigkeit, bei der Prüfung nämlich, ob wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen i. S. d. § 1 GWB bestehen. Denn solche Vereinbarungen werden oft hinter verschlossenen Direktionstüren oder mittels anderer, geheimer Kommunikationsträger getroffen⁷⁶⁾ ("Frühstückskartelle"); so ist das BKA hier sehr oft auf bloße Indizien angewiesen, wie etwa in der Mineralölbranche bei den vielfach "zufälligerweise" zeitlich zusammenfallenden Preissteigerungen der einzelnen Gesellschaften. Da der Indizienbeweis im Rechtsstaat bei gerichtlicher Kontrolle auf schwachen Beinen

70) Müller-Henneberg-Schwartz, a. a. O. § 22, Anm. 87.

71) Vgl. auch Müller-Henneberg-Schwartz, a. a. O. § 22, Anm. 87.

72) Tätigkeitsbericht des BKA für 1968, Bundestags-Drucksache V-4236, Vorwort, S. 25.

73) Vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des BKA für das Jahr 1959, WuW-Schriftenreihe, Heft 8, S. 94.

74) Vgl. Zuck NJW 71, 1634 (vgl. auch dort die Fußnote 17).

75) Vgl. Tätigkeitsbericht des BKA für 1968, Bundestags-Drucksache V-4236, Vorwort, S. 10.

76) Ebenso Zuck NJW 71, 1633. Einen anschaulichen Fall dieser Art schildert das Wochenmagazin "Der Spiegel", Nr. 1 - 2, 1972, S. 45.

steht und auch stehen muß und die kartellrechtliche Rechtsprechung nur folgerichtig entsprechend hohe Beweisanforderungen stellt,⁷⁷⁾ ist auch aus dieser Sicht die dem BKA attestierte besondere Zurückhaltung nur verständlich. Letztlich werden die spezifischen Probleme der Sachverhaltsermittlung beim BKA in ihrer praktischen Bedeutung noch dadurch erhöht, daß sich das Schergewicht der kartellrechtlichen Aufgaben von der Überprüfung angemeldeter Kartelle - einer der AGB-Kontrolle zumindest sehr ähnlichen Tätigkeit (§ 2 GWB!) - mittlerweile ganz deutlich verlagert hat auf die, von der Funktion her "polizei-ähnliche" Durchführung von Bußgeld- und Mißbrauchsverfahren.⁷⁸⁾ Die Sachverhaltsaufklärung ist nämlich erfahrungsgemäß immer dort besonders diffizil, wo es um die Aufdeckung von Verhaltensweisen geht, die unter einen, meist strafbewehrten Mißbrauchs- oder Verbotstatbestand fallen.

Abschließend ist festzuhalten, daß das Bundeskartellamt vor ganz spezifische Probleme der Sachverhaltsermittlung und Beweisführung⁷⁹⁾ gestellt ist, die seine Aufgaben ungleich schwieriger erscheinen lassen als die des hier skizzierten AGB-Aufsichtsamtes. Denn letzteres hat im Grunde genommen - sogar in etwas oberflächlicherer Form - nur eben dasselbe zu tun, was unseren Gerichten, neben vielem anderen, heute tagtäglich zugemutet wird: einen Vertrag in der besonderen Form von AGB auf seine Rechtswirksamkeit hin zu überprüfen.

Vergleichbare Schwierigkeiten tauchen hier noch aus einem anderen Grunde nicht auf: denn während beim BKA heute - wie bereits dargestellt - die Durchführung von Mißbrauchs- und Verbotsverfahren im Vordergrund steht, bei denen die Behörde naturgemäß auf Ablehnung oder gar Verdunklungsmanöver seitens der kontrollierten Wirtschaft stößt, würde die hier konzipierte Verwaltungskontrolle bei ihren Ermittlungen sogar auf aktive, wenn auch jeweils kritisch zu überprüfende Mitarbeit der betroffenen Wirtschaft rechnen können. Denn indem die dargestellte gesetzliche AGB-Regelung⁸⁰⁾ dem Unterneh-

77) Vgl. BGH NJW 71, 521 ff, sowie die kritische Stellungnahme des BKA hierzu: Tätigkeitsbericht für das Jahr 1970, Bundestags-Drucksache VI-2380, S. 11.

78) Vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des BKA für 1968, Bundestags-Drucksache V-4236: Der Überprüfung 20 angemeldeter Kartelle stand die Einleitung von 507 Bußgeldverfahren sowie von 232 Mißbrauchsverfahren gegenüber.

79) Vgl. hinsichtlich § 12 Abs. 1 Nr. 1 GWB: Baur, DAR 62, 328.

80) Vgl. oben Kapitel IX.

mer die Beweislast dafür auferlegt, daß die gesetzesabweichenden AGB-Klauseln sachlich berechtigt sind, ist dieser in eigenem Interesse gehalten, die entsprechenden Begründungen dem Kontrollamt zu unterbreiten. Dessen Aufgabe bleibt es lediglich, die vorgelegten Begründungen auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfen.

Selbst wenn man also der (abzulehnenden) Meinung wäre, daß das Bundeskartellamt sich nicht bewährt habe und folglich auch eine weitere staatliche Kontrolle im Bereich der AGB nicht anstrebenswert sei, so müßte man diese Schlußfolgerung wegen der spezifischen Schwierigkeiten und Probleme des BKA als unzulässig zurückweisen.

- 5.2.2. Auch der etwaige Hinweis auf ein angebliches Versagen des BAV - dessen Berechtigung wiederum einmal unterstellt - vermag, angesichts der dort bestehenden Besonderheiten, keine stichhaltigen Argumente gegen die Einführung der vorgeschlagenen staatlichen AGB-Kontrolle zu begründen.
- Vorweg ist hervorzuheben, daß die vergleichende Betrachtung mit den im Versicherungsaufsichtsrecht ⁸¹⁾ gemachten Erfahrungen besonders wertvoll erscheint, da dort bereits eine staatliche Aufsicht unmittelbar gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, zu denen nämlich auch die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) zählen, ⁸²⁾ begründet ist. ⁸³⁾

Es ist jedoch eine erste, wichtige Einschränkung geboten:

Während die "normalen" AGB lediglich das "Wie" der Leistung regeln, sie nur deren Appendix sind, sind die AVB unmittelbar selbst Bestandteil der Leistung, indem sie Art und Umfang des Versicherungsschutzes im einzelnen festlegen. ⁸⁴⁾ Demnach erstreckt sich die staatliche Versicherungsaufsicht, im Gegensatz zu der hier konzipierten AGB-Kontrolle, auch auf die "Qualität" der Leistung selbst.

- Diese Leistung "Versicherungsschutz" aber ist nur unter großen Schwierigkeiten und bei Kenntnis einer Fülle, nur begrenzt nachprüfbarer Daten angemessen zu beurteilen. Daß das BAV die Allgemeinen Versicherungsbedingungen maßgeblich unter dem vagen Gesichtspunkt zu bewerten hat, "ob

81) Nach dem Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen v. 6. 6. 1931.

82) Vgl. Starke VersR 66, 890.

83) Bei erstmaliger Zulassung ist die Genehmigung der AVB mittelbar in der Zulassung zum Geschäftsbetrieb enthalten, vgl. Vassel a. a. O. S. 13.

84) Vgl. Starke VersR 66, 891.

die Belange der Versicherten ausreichend gewahrt worden sind", ⁸⁵⁾ soll hier noch nicht einmal besonders berücksichtigt werden; derart unbestimmte Rechtsbegriffe sind nicht selten entscheidender Gültigkeitsmaßstab und letztendlich auch kaum zu umgehen.

Die besonderen Probleme der staatlichen Versicherungsaufsicht beginnen jedoch da, wo sie im Rahmen der Überprüfung von AVB z. B. die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der privaten Versicherungsunternehmungen zu prüfen gehalten ist. ⁸⁶⁾ Insoweit kommt es auf Faktoren an wie die ausreichende Kapitalausstattung des Unternehmens, die Art der Anlage des nicht gebundenen Vermögens, aber auch etwa auf die Beantwortung der Frage, "ob, bei wem und in welchem Umfang Rückversicherung genommen wurde". ⁸⁷⁾ Wie schwierig insoweit die Aufgabe des BAV einzuschätzen ist, machen auch die Erwägungen deutlich, die das Amt bei der Kontrolle der AVB der Hausratsversicherung anzustellen hat: Dort gilt es, neben der allgemeinen Schadenserwartungs- und Kostenlage über längere Zeiträume hinweg, auch etwaige Währungs- und Preisschwankungen, Zinsveränderungen oder gar Währungsschnitte mit zu berücksichtigen. ⁸⁸⁾

Abgesehen von den letzteren Faktoren sind dies alles mehr oder weniger betriebsinterne Kriterien, Kriterien, die gerade auch im Versicherungswesen maßgeblich durch Risikoberechnungen und Kalkulationen gekennzeichnet sind; ihnen allen ist gemeinsam, daß sie leicht manipulierbar und nur schwer nachprüfbar sind.

Anders aber bei der hier konzipierten staatlichen AGB-Aufsicht: Hier entfallen vergleichbare Probleme in der Kontrollpraxis dadurch, daß betriebsinternen Faktoren für die Rechtfertigung von AGB grundsätzlich die Anerkennung versagt wird. ⁸⁹⁾

- Ein noch gewichtigeres, spezifisches Problem der staatlichen Versicherungsaufsicht resultiert aus der Tatsache, daß dem BAV auch die Kontrolle der Angemessenheit der Versicherungsprämien obliegt. Das aber bedeutet nichts anderes, als daß hier eine staatliche "Preiskontrolle" besteht.

Diese beschränkt sich zudem nicht nur darauf, ob ein bestimmter Beitrags-

85) Vgl. Fromm-Goldberg, Versicherungsaufsichtsgesetz, Kommentar, 1966, § 8 Anm. 4 I.

86) Vgl. Vassel a. a. O. S. 67.

87) Vgl. Prölss-Schmidt-Sasse a. a. O. § 8 Anm. 12.

88) Vgl. Vassel a. a. O. S. 68.

89) Vgl. oben Kapitel IX Ziffer 6.2.3.

satz durch einen entsprechenden Versicherungsschutz gerechtfertigt ist; ⁹⁰⁾ darüberhinaus muß umgekehrt sogar geprüft werden, ob die Prämien nicht etwa zu niedrig festgesetzt sind, mithin die zukünftigen Ersatzansprüche der Versicherten mangels Masse gefährdet erscheinen könnten. ⁹¹⁾

Nicht zuletzt auch unter diesem letzteren Gesichtspunkt sollte man die aufsichtliche Genehmigung der jüngsten Prämien erhöhungen in der Kraftfahrtversicherung bewerten. Zwar kann man diese, in einem Zeitraum von nur 7 Monaten ⁹²⁾ von den Versicherern durchgedrückten Beitragserhöhungen zwischen 35 % und 55 % nurmehr als exorbitant hoch bezeichnen; andererseits kann als sicher davon ausgegangen werden, daß die von den Versicherungsunternehmen dem BAV vorgelegten, erläuternden und begründenden Unterlagen per se die Prämien erhöhungen zu rechtfertigen geeignet waren. Das sehr schwer lösbare Problem des BAV bestand und besteht hier jeweils darin, diese Bilanzen, Kalkulations- und Risikenberechnungen auf ihre wirkliche Berechtigung hin abzuklopfen; ein nur wenig aussichtsreiches Unterfangen angesichts der "Frisierbarkeit" jeglicher solcher Unterlagen. Anders auch hier wieder die Prognose für die avisierte staatliche AGB-Kontrolle:

Indem die Berücksichtigung preiskalkulatorischer Erwägungen gesetzlich ausgeschlossen wird; ⁹³⁾ können vergleichbare Kontrollschwierigkeiten erst gar nicht auftreten.

- Zusammenfassend kann man sagen, daß eine staatliche AGB-Aufsicht in der vorgeschlagenen Form nicht mit den besonderen Problemen der bereits bestehenden Versicherungsaufsicht konfrontiert werden würde.

Abgesehen davon ~~aber~~ ist festzuhalten, daß auch der staatlichen Versicherungsaufsicht - trotz ihrer aufgezeigten, spezifischen Schwierigkeiten - Erfolge nicht versagt blieben.

Die AVB sind im Verhältnis zu den nicht genehmigungspflichtigen AGB jedenfalls minder einseitig ausgestaltet; ⁹⁴⁾ verbleibende Einseitigkeiten werden - wie bereits ausgeführt ⁹⁵⁾ - zumindest bei Beibehaltung des derzeitigen Wirtschaftssystems auch durch eine Staatskontrolle nicht gänzlich

90) Vgl. Vassel a. a. O. S. 74.

91) Vgl. Fromm-Goldberg a. a. O. § 8 Anm. 5 II.

92) Zwischen dem 1.1.1971 und dem 1.8.1971.

93) Vgl. oben Kapitel IX Ziffer 6.3.1.

94) Vgl. Starke VersR 66, 898; Vassel a. a. O. S. 119. Ähnlich Fritz, VersPraxis 61, 200.

95) Vgl. oben Kapitel VII, Ziffer 4.2.

ausgeräumt werden können.

Vor allem aber - und vergleichbares gilt wieder für die hier konzipierte AGB-Kontrolle - kommt dieser staatlichen Versicherungsaufsicht eine erhebliche vorbeugende Wirkung bezüglich der Ausgestaltung von AVB zu.⁹⁶⁾

96) Vgl. Vassel a. a. O. S. 119.

XI. SPEZIALISIERUNG UND KONZENTRIERUNG DER RICHTERLICHEN AGB-KONTROLLE

1. Die dritte und letzte Richtung, in die eine (Neu-)Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zielen sollte, muß bei einer teils organisatorischen, teils prinzipiellen Umgestaltung der justitiellen AGB-Kontrolle ansetzen.

Gerade diesem Aspekt kommt nach dem hier vertretenen Konzept eine übertragende Bedeutung zu, da danach auch weiterhin die - zwar verringerte - Hauptlast der Bekämpfung unbilliger AGB auf den Schultern der Rechtsprechung liegen soll.

Die angestrebten gerichtsorganisatorischen Veränderungen lassen sich in groben Umrissen wie folgt zusammenfassen:

Die richterliche Überprüfung von AGB wird grundsätzlich nicht mehr wie bisher von allen Zivilgerichten im Rahmen ihrer "normalen" Tätigkeiten ausgeübt, sondern bestimmten, ausschließlich für AGB zuständigen Spruchkörpern zugewiesen.

Die sachliche Berechtigung für eine solche gerichtliche "Sonderkontrolle" ergibt sich im wesentlichen aus den folgenden Erwägungen:

- 1.1. Zuerst und vor allem ist sie eine, zwar nicht notwendige aber doch konsequente Folge der dargestellten staatlichen AGB-Aufsicht. Indem dieser Aufsicht die Funktion zukommt, die vorgelegten AGB zu überprüfen und - bei erheblichen Zweifeln an ihrer Rechtswirksamkeit - sie der maßgeblichen gerichtlichen Kontrolle zuzuführen, ergibt sich hieraus die Notwendigkeit, diese nachfolgende richterliche Überprüfung durch Bereitstellung entsprechender gerichtlicher Instanzen sicherzustellen. Daß hierfür nicht die große Vielzahl erstinstanzlicher Gerichte im Rahmen ihrer normalen örtlichen und sachlichen Zuständigkeiten in Betracht kommen kann, ergibt sich aus dem besonderen Charakter dieser AGB-Kontrolle. Insoweit muß - in Anlehnung an den besonderen gerichtlichen Rechtsschutz des Kartellrechts nach §§ 62 - 97 GWB, sowie des Versicherungsaufsichtsrechts nach § 10 a BAG ¹⁾ und §§ 190 Abs. 1 Nr. 2, 195 VwGO ²⁾ - ein besonderes, den Eigenheiten dieser Rechtsmaterie angepaßtes gerichtliches Rechtschutzverfahren vorgesehen werden. Ganz allgemein kann man dies dahingehend formulieren, daß jed-

1) Gesetz über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen vom 31. 7. 1951.

2) Das BAG ist lex specialis gegenüber der VwGO, vgl. Fromm-Goldberg a. a. O. § 10 a BAG, Anm. 1.

wede, wie auch immer geartete Einschaltung des Staates in den privatrechtlichen Rechtsbereich ein entsprechendes, besonderes gerichtliches Anschlußverfahren erfordert. Da hier überdies dem AGB-Aufsichtsamt rechtsverbindliche Sachentscheidungen vorenthalten bleiben, kommt der Ausgestaltung des nachfolgenden Gerichtsverfahrens besondere Bedeutung zu, zeichnet dieses in entscheidendem Maße mitverantwortlich für die wirkliche Effektivität der behördlichen AGB-Siebkontrolle.

- 1.2. Die letztere Feststellung in Verbindung mit der bereits aufgezeigten Erkenntnis, daß der Rechtsprechung auch in Zukunft das Hauptgewicht bei der AGB-Kontrolle zukommen wird, prägen ganz maßgeblich auch die folgenden Erwägungen: Denn es widerspräche Sinn und Zweck der Einbeziehung staatlicher Stellen in die AGB-Kontrolle, wenn zwar viele unangemessene AGB überhaupt erst, oder jedenfalls wesentlich früher der richterlichen Überprüfung zugeleitet würden, diese Überprüfung sich dann aber wieder in einem überforderten und unzulänglichen Rechtsschutzverfahren möglicherweise jahrelang hinziehen würde.

Es kommt daher darauf an, durch flankierende richtsorganisatorische Maßnahmen, die ganz allgemein in Richtung auf eine Spezialisierung,³⁾ Konzentrierung und Vereinheitlichung der Rechtsprechung zielen müssen, der Judikative die Kontrolle ebenso zu erleichtern wie sie zu effektuieren.

Derzeit ist die Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen eine von vielen Aufgaben eines jeden Zivilgerichts. Dem liegt noch die Vorstellung des "Allround-Juristen" zugrunde, der für alle Rechtsbereiche die erforderlichen Kenntnisse für gerechte Entscheidungen parathält. Die rapide technische und wirtschaftliche Entwicklung der letzten Jahrzehnte scheint insoweit an der Judikative weitgehend spurlos vorübergegangen zu sein. Während die Wirtschaft und zunehmend auch die Verwaltung unter dem Druck dieser Entwicklung zu immer größerer Spezialisierung schreiten, um den immer komplizierter werdenden Sachproblemen gerecht werden zu können, reagiert die Justizorganisation hierauf einzig mit unzulänglichen Zuständigkeitsaufgliederungen mittels Geschäftsverteilungsplan. Betrachtet man zudem solche Geschäftsverteilungspläne,⁴⁾ so wird deutlich, daß die Richter angesichts

3) Eine solche Spezialisierung der AGB-Rechtsprechung wurde auch auf dem Rechtspolitischen Kongreß der SPD vom 5., 6. und 7. Mai 1972 befürwortet, vgl. Ramm, Bericht über die Verhandlungen, in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 76.

4) Vgl. z. B. den Geschäftsverteilungsplan des BGH für 1966, BAnz Nr. 12 vom 19.1.1966.

der Fülle heterogener Materien zu sachkundigen und den Eigenheiten der jeweiligen Rechtsgebiete gerechtwerdenden Entscheidungen zunehmend weniger in der Lage sein können und sein werden.⁵⁾ Die ständig wachsende Zuziehung von Gutachtern ist augenscheinlicher Beweis für diese Tendenz.

Für den Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen jedenfalls gilt es, dieser Entwicklung bei der Gerichtsorganisation Rechnung zu tragen durch Bildung besonderer, auf die Überprüfung von AGB spezialisierter Spruchkörper.

Bei AGB erscheint solche Spezialisierung aus zwei Gründen in erhöhtem Maße erforderlich:

- Zum einen hat es der Richter hier mit äußerst verklausulierten und ausgeklügelten Vertragsbedingungen zu tun, was von ihm besonderen Scharfsinn, einschlägige Kenntnisse und nicht zuletzt ein gewisses, aus der Erfahrung gewachsenes "Fingerspitzengefühl" verlangt.

Ganz allgemein: der zur Kontrolle berufene Richter ist dem zu kontrollierenden Kautelarjuristen in bezug auf AGB-spezifische Kenntnisse und Erfahrungen ebenbürtig zu machen.

- Zum anderen ist bei AGB angesichts ihres generellen, gesetzesähnlichen Charakters und angesichts ihrer daraus folgenden, besonderen wirtschaftlichen Bedeutung auch eine dementsprechende, besondere Entscheidungsqualität zu besorgen. Diese aber erscheint am besten gewährleistet bei Richtern, die tagtäglich mit der Kontrolle von AGB konfrontiert sind und die nicht zuletzt auch einen ganz anderen Überblick über das Geschäftsbedingungs-wesen haben als etwa ein Amtsrichter, der - neben vielem anderen - auch von Fall zu Fall einmal AGB zu würdigen hat.

- Mit der Spezialisierung der richterlichen AGB-Kontrolle geht eine Konzentrierung dieser Rechtsprechung bei einigen wenigen Gerichten einher. Die daraus folgenden Vorteile liegen nicht nur auf einer bloß technischen Ebene, indem solche zentralen AGB-Spruchkörper - etwa durch Prozeßverbindungen - mit Sicherheit schneller und rationeller zu arbeiten vermögen: vor allem wird damit eine größere Einheitlichkeit der AGB-Rechtsprechung und damit zugleich eine erhöhte Rechtssicherheit für die Praxis erreicht.

So müßte z. B. in Zukunft zu verhindern sein, daß - wie beim Gebrauchtwagenhandel geschehen - innerhalb eines Zeitraums von 15 Jahren mehre-

5) Vgl. auch Starke VersR 66, 898.

re, einander widersprechende Urteile ergehen, die diese Gebrauchtwagen-AGB teils für nichtig,⁶⁾ teils für wirksam⁷⁾ erklärten. Bei solcher Rechtszersplitterung darf im übrigen nicht verwundern, daß die, die Rechtswirksamkeit verneinenden Urteile die betreffende Wirtschaftsbranche keineswegs zu entsprechenden Modifizierungen ihrer AGB veranlaßt haben.

1. 3. Letztlich bleibt zu bedenken, daß - jedenfalls in den Fällen der Vorlage durch die staatliche AGB-Kontrollinstanz - die gerichtliche Überprüfung einem "abstrakten Normenkontrollverfahren" sehr nahe kommt.⁸⁾ Hier wie dort wird nicht über einen konkreten Fall entschieden, sondern vielmehr unmittelbar und abstrakt über die Wirksamkeit von "Recht" befunden. Daß hier, angesichts der fehlenden Normqualität⁹⁾ von AGB, streng juristisch gesehen nicht über geltendes Recht sondern über ein "rechtliches Nullum"¹⁰⁾ befunden wird, kann im Rahmen dieser Erwägungen unbeachtet bleiben, jedenfalls aber nicht den normenkontrollähnlichen Charakter des Verfahrens beseitigen.

Entscheidend vielmehr ist die Frage, ob für AGB ein solches normenkontrollähnliches Verfahren geschaffen werden darf oder gar geschaffen werden sollte, obwohl sie nicht staatlich gesetztes, mit der Autorität eines demokratisch legitimierten Gesetzgebers oder eines rechtsstaatlich (Art. 80 GG) gebundenen Verordnungsgebers versehenes Recht darstellen.

Insoweit müssen zunächst Sinn und Zweck jeglicher Normenkontrolle dargestellt werden: Ohne auf die Einzelheiten etwa des allgemeinen, richterlichen Prüfungsrechts¹¹⁾ oder der teilweisen Monopolisierung der Verwerfungskompetenz hinsichtlich förmlicher Gesetze bei den Verfassungsgerichten¹²⁾ einzugehen, ist ganz allgemein festzuhalten, daß Normenkontrolle in erster Linie immer Kontrolle der Legislative - bzw. im Falle des § 47 VwGO auch der rechtsetzenden Exekutive - durch die Rechtsprechung bedeutet.¹³⁾

6) LG Hannover BB 55, 299; LG Tübingen NJW 64, 1798 (speziell hinsichtlich pauschaliertem Schadensersatzanspruch); LG Wuppertal MDR 65, 657 (speziell hinsichtlich pauschaliertem Schadensersatzanspruch); LG Berlin NJW 66, 1818.

7) OLG Celle MDR 65, 823 (speziell hinsichtlich Gewährleistungsausschluß); BGH NJW 70, 29.

8) Vgl. auch Koch, Harald; ZRP 73, 90/91.

9) Vgl. dazu oben Kapitel II, Ziffer 1.

10) Emmerich JUS 72, 363.

11) Vgl. dazu Maunz-Dürig a. a. O. Art. 100 Anm. 1 ff.

12) Vgl. Ule DVBl 53, 12.

13) Vgl. Maunz-Dürig a. a. O. Art. 100 Anm. 3.

Zudem soll sie vermeiden helfen, daß voneinander abweichende Inzidententscheidungen hinsichtlich der Gültigkeit ein und derselben Rechtsnorm ergehen.¹⁴⁾ Diese Gefahr erhebt sich gerade bei Rechtssätzen in Anbetracht ihres abstrakt-generellen Charakters. Somit kann durch bloß ein einziges Normenkontrollverfahren eine Fülle gleichgelagerter Fälle mitentschieden werden;¹⁵⁾ neben der erwähnten Kontrollfunktion steht damit die weitere Funktion, dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit zu dienen und überflüssige gerichtliche Rechtsstreitigkeiten zu verhindern.¹⁶⁾

Es stellt sich die Frage, ob diese, die abstrakte Normenkontrolle tragenden Grundgedanken gleichermaßen für ein ähnliches, richterliches Kontrollverfahren hinsichtlich AGB zum Tragen kommen können.

- Die rechtssoziologische Betrachtung der AGB hat gezeigt, daß sie von ihrer Funktion her staatlich gesetztem Recht vergleichbar sind.¹⁷⁾

Diese funktionelle Vergleichbarkeit der AGB mit Gesetzesrecht, insbesondere auch ihr gleichfalls abstrakt-genereller Charakter, bringt es mit sich, daß bei ihnen die gleichen Probleme auftauchen, die die Schaffung besonderer Normenkontrollverfahren haben geboten erscheinen lassen. Auch hier besteht - wie bereits aufgezeigt¹⁸⁾ - die Gefahr einander widersprechender Inzidententscheidungen, auch hier könnte durch ein "klärendes", abstraktes Überprüfungsverfahren eine Fülle gleichgelagerter Fälle präjudiziert werden und damit zugleich die Arbeit der Rechtsprechung wesentlich erleichtert werden. Darüberhinaus besteht hier sogar in besonderem Maße die Notwendigkeit, durch ein abstraktes Kontrollverfahren gewissermaßen ein deutlich sichtbares "Zeichen" zu setzen, da der für die AGB Verantwortliche sich - im Gegensatz zum Gesetzgeber - in aller Regel über ihm ungünstige Inzidententscheidungen hinwegzusetzen pflegt.

Zudem ist zu berücksichtigen, daß **auch** schon die Rechtsprechung dem gesetzesähnlichen Charakter der AGB weitestgehend Rechnung trägt, indem sie wichtige Regeln des staatlichen Rechts bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechend anwendet. So ist es gefestigte Rspr., daß AGB objektiv

14) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO, Kommentar, 5. Auflage, 1971, § 47 Anm. 2; BayVGh n.F. 11, 96; 12, 64.

15) Vgl. Meyer-Hentschel DöV 59, 924.

16) Vgl. Herzog BayVbl 61, 370.

17) Vgl. M. Rehbinder, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, 1972, S. 33; Fischer BB 57, 484. Vgl. auch oben Kapitel II, Ziffer 1.1. (S. 15).

18) Vgl. oben unter Ziffer 1.2. (S. 222 f).

auszulegen sind,¹⁹⁾ daß bei ihnen § 139 BGB keine Anwendung findet,²⁰⁾ daß sie grundsätzlich revisibel sind²¹⁾ oder daß sie in bestimmten Fällen für den Vertragspartner auch dann bindend sind, wenn er sie überhaupt nicht zur Kenntnis genommen hat.²²⁾

Das hier konzipierte normenkontrollähnliche AGB-Überprüfungsverfahren stellt sich damit lediglich dar als ein weiterer Schritt auf dem, von der Rechtsprechung zu Recht bereits eingeschlagenen Weg. Dahinter steht der ganz allgemeine Gedanke, daß die Wirtschaft, wenn sie sich schon rechtsetzungsähnliche Befugnisse anmaßt, sie es sich ebenso gefallen lassen muß, daß sie ähnlichen Kontrollen und Regeln wie der staatliche Gesetzgeber unterworfen wird.²³⁾

- Dieser Grundgedanke tritt noch wesentlich deutlicher zutage bei dem Vergleich mit der weiteren, der Kontrollfunktion einer abstrakten Normenkontrolle.

Denn eine solche besondere Überwachung erscheint umso notwendiger, wenn nicht ein demokratisch legitimierter Gesetzgeber oder ein rechtsstaatlich gebundener Verordnungsgeber Recht setzt, sondern ein einseitig profitorientierter, anonymes "Gesetzgeber in eigener Sache" sich gesetzgeberische Befugnisse anmaßt.

- Dazu kommt noch eine weitere Überlegung: wie bereits dargestellt, steht der Qualifizierung von AGB als objektivem Recht maßgeblich nur die mangelnde Rechtsetzungsbefugnis der privaten AGB-Aufsteller entgegen.²⁴⁾ Läßt man diese mangelnde Rechtsetzungsbefugnis einmal außer acht und qualifiziert man AGB demnach als objektives Recht, so würde sich damit sofort die Frage erheben, ob die AGB-Aufsteller nicht zumindest ähnlichen Bindungen und Verantwortungen zu unterwerfen sind wie der staatliche Normsetzer. Man müßte auch daran denken, ob die AGB in den Bundesländern, die das Verfahren nach § 47 VwGO eingeführt haben, nicht ebenfalls Gegenstand dieser abstrakten Normenkontrolle sein könnten. Die jeweilige Ausgangslage jeden-

19) BGHZ 7, 368; 33, 218. Insgesamt zu dieser Rspr. ausführlich: oben Kapitel II.

20) BGHZ 5, 22; 22, 92.

21) BGHZ 1, 85; 17, 1.

22) OLG Stuttgart JZ 51, 135.

23) Vgl. auch schon Großmann-Doerth a. a. O. S. 12.

24) Vgl. oben Kapitel II, Ziffer 1.1.

falls ist ähnlich: während es dort um die Kontrolle rangniederen Landesrechts geht, handelt es sich hier um die Überprüfung lediglich funktionell dem staatlichen Gesetz vergleichbaren Rechts; Prüfungsgegenstand ist also jeweils minderrangiges Recht.

Diese Fragen ergeben sich zwangsläufig, denn es wäre in hohem Maße unverständlich, den einen Teil der rechtsetzenden Gewalt den engen formellen und materiellen rechtsstaatlichen Bindungen zu verpflichten und dem anderen Teil Gestaltungsspielraum bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit zu gewähren.

Daß die aufgezeigten Fragen nicht in dieser Schärfe auftauchen, dafür nun sorgt die durchaus zutreffende Argumentation, daß den AGB-Aufstellern die Rechtsetzungsbefugnis fehle. Das Ergebnis jedoch ist paradox: Da der Wirtschaft die förmliche Befugnis zu ihrer materiell rechtsetzenden Tätigkeit fehlt, braucht sie sich auch nicht den Bindungen und Beschränkungen unterwerfen, die im Falle des Bestands dieser formellen Rechtsetzungsbefugnis in Betracht kämen. Überspitzt formuliert: Das "unbefugte" Wahrnehmen rechtsetzender Gewalt wird sogar noch dadurch belohnt, daß die für die "befugte Rechtsetzung" bestehenden Schranken entfallen!

Als Ergebnis aller dieser Erwägungen ist jedenfalls festzuhalten, daß ein solches normenkontrollähnliches Prüfungsverfahren für AGB nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar sachlich geboten erscheint.

- 1.4. Im übrigen empfiehlt **sich auch** hier entsprechend dem Geltungsbereich der behördlichen AGB-Kontrolle - jedenfalls für die Anfangszeit - eine Beschränkung auf Letztverbraucher-AGB.

Zwar sind die maßgeblichen Gründe für die Schaffung besonderer AGB-Rechtsprechungsorgane - wie Spezialisierung, Konzentrierung und Vereinheitlichung der Rechtsprechung - auch bei Industrie-AGB gleichermaßen einschlägig. Gleichwohl schlagen auch hier - wie entsprechend auch bei der behördlichen AGB-Kontrolle - praktische und finanzielle Erwägungen maßgeblich zu Buche.

Die Erstreckung der besonderen gerichtlichen Kontrolle auch auf die Masse der Industrie-AGB dürfte mit dem vorhandenen Gerichtspersonal kaum mehr zu bewältigen sein; damit wäre deren Realisierbarkeit schlechthin zumindest gefährdet.

Diese Entscheidung hindert indes nicht, solche Geschäftsbedingungen zu einem späteren Zeitpunkt gleichfalls der besonderen gerichtlichen Kontrolle zuzuordnen. Ist erst einmal die Phase anfänglicher Überbelastung dieser Gerichte vorüber, so läßt sich gegebenenfalls auch eine sukzessive Zuständigkeiterweiterung auf Geschäftsbedingungen des zwischenunternehmerischen Rechtsverkehrs vertreten. Vorerst jedoch gilt es, dem vordringlichen

Letztverbraucherschutz gerecht zu werden.

2. Hinsichtlich der Ausgestaltung dieser speziellen, gerichtlichen AGB-Kontrollen im einzelnen ist zunächst festzustellen, daß hier keine "besonderen Gerichte" i. S. d. § 14 GVG geschaffen werden sollen. Die gerichtlichen AGB-Spruchkörper sind und bleiben vielmehr Bestandteil des ordentlichen Rechtswegs; ihnen kommt lediglich - vergleichbar den Kammern und Senaten für Baulandsachen, §§ 157, 160, 169 BBauG²⁵⁾ - eine besondere sachliche Zuständigkeit hinsichtlich der Überprüfung von AGB zu.

Insoweit handelt es sich hier - ähnlich wie bei den von Ramm vorgeschlagenen besonderen Wirtschaftsgerichten²⁶⁾ - lediglich um eine Zuständigkeitsverschiebung innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

- 2.1. Daß hier nur und ausschließlich der ordentliche Rechtsweg in Betracht kommen kann, ergibt sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen zur Abgrenzung zivilrechtlicher und öffentlichrechtlicher Streitigkeiten:²⁷⁾ hier ist nicht wie etwa im Kartellrecht²⁸⁾ oder im Versicherungsaufsichtsrecht²⁹⁾

25) Vgl. dazu BGHZ 40, 152. Vgl. auch BVerfGE 4, 387 ff für die aufgrund des Baulandbeschaffungsgesetzes v. 3. 8. 1953 (BGBl I, 720) geschaffenen Baulandkammern und -senate. Ebenfalls in diese Kategorie fallen die früheren Landwirtschaftsgerichte der britischen Zone, vgl. auch dazu BGHZ 4, 352 ff.

26) Ramm in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 86. Ramm plädiert insoweit für eine Orientierung an der Arbeitsgerichtsbarkeit, deren Abgrenzung zur Zivilgerichtsbarkeit sich jedoch ebenfalls auf der Ebene der sachlichen Zuständigkeit bewegt, vgl. Dietz-Nikisch a. a. O. § 1 Rdnr. 18.

27) Vgl. die verschiedenen Abgrenzungstheorien bei Eyermann-Fröhler a. a. O. § 40, Anm. 1 ff. Eine Darstellung erübrigt sich, da hier alle zu demselben Ergebnis führen.

28) Obwohl das BKA auch und vor allem Verwaltungsstreitverfahren kennt (vgl. Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Auflage, 2. Band, 1967, § 62 Anm. 2), weisen die §§ 54 Abs. 2, 62 Abs. 4, 73 Abs. 1, 74 Abs. 2, 83, 87 Abs. 1 GWB diese Streitigkeiten - um eine widerspruchsfreie Kartellrechtsprechung zu gewährleisten - ausdrücklich der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu, vgl. dazu BGHZ 30, 186; 34, 58; 41, 199; BGH NJW 58, 1395.

29) Im Versicherungsaufsichtsrecht allerdings bleibt es - entsprechend dem hier vorliegenden öffentlich-rechtlichen Charakter der Streitigkeiten - bei einer verwaltungsgerichtlichen Streitigkeit, vgl. § 10 a BAG und Prölss-Schmidt-Sasse a. a. O. § 10 a BAG Anm. 1.

über die Rechtmäßigkeit einer staatlichen Genehmigungsversagung oder eines staatlichen Verbots zu befinden. Da der behördlichen AGB-Kontrolle jegliche unmittelbaren Eingriffe vorenthalten sind, ist in dem hier konzipierten Gerichtsverfahren einzig und allein über die bürgerlichrechtliche Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von AGB zu befinden.

- 2.2. Die Entscheidung, wieviele Instanzen für diese gerichtliche AGB-Kontrolle zur Verfügung gestellt werden sollten, muß wiederum vor allem unter dem Blickwinkel der besonderen Funktion der staatlichen AGB-Kontrolle gefällt werden. Danach widerspräche es Sinn und Zweck dieser Kontrolle, wenn die Vorzüge einer frühzeitig erfolgenden behördlichen Überprüfung unbilliger AGB wieder dadurch teilweise kompensiert würden, daß die nachfolgenden gerichtlichen Verfahren nur langwierig und zeitraubend vonstatten gingen. Dieser Gesichtspunkt streitet maßgeblich für einen möglichst kurzen Instanzenzug.

Unter Berücksichtigung dieses Umstands sowie der Eigenheiten dieses Gerichtsverfahrens ist einem grundsätzlich 2-stufigen Instanzenzug das Wort zu reden.³⁰⁾

Entsprechend der in Art. 30, 92 und 96 GG vorgenommenen Aufteilung in Landes- und Bundesgerichte und unter Berücksichtigung des staatsbestimmenden Prinzips der Bundesstaatlichkeit, Art. 20 Abs. 1 GG, ist die erste Instanz der Länderebene, die zweite Instanz der Bundesebene zuzuordnen.

Erstinstanzlich wird jeweils ein AGB-Senat bei den verschiedenen Oberlandesgerichten gebildet; die damit bewirkte Zusammenfassung mehrerer Landgerichtsbezirke für diese besondere Materie ist weder mit dem Wesen der Zivilgerichtsbarkeit unvereinbar, noch aus verfassungsrechtlichen Gründen zu beanstanden.³¹⁾

Zweitinstanzlich empfiehlt sich die Schaffung eines AGB-Senats beim Bundesgerichtshof für Zivilsachen. Dabei bilden allein die entsprechenden Spruchkörper auf OLG-Ebene die Tatsacheninstanz; der AGB-Senat beim BGH ist grundsätzlich³²⁾ Revisionsinstanz.

- Die Berechtigung nur einer Tatsacheninstanz folgt aus folgenden Erwägungen:

Einmal fordert das Rechtsstaatsprinzip keineswegs die Schaffung eines Instan-

30) Ebenso Ramm (Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 86) für die von ihm zur Diskussion gestellten Wirtschaftsgerichte.

31) Vgl. BVerfGE 4, 408 hinsichtlich ähnlicher, bereits bestehender Regelungen.

32) Zu der Ausnahme vgl. unten Ziffer 3.3.

zenzuges schlechthin;³³⁾ dementsprechend gab und gibt es auch heute noch unanfechtbare erstinstanzliche Gerichtsentscheidungen,³⁴⁾ ohne daß dies verfassungsrechtlich zu beanstanden wäre.

Gerade unter diesem Aspekt ist wiederum bedeutsam die Rechtsschutzregelung im verwandten Versicherungsaufsichtsrecht: bei Rechtsbehelfen gegen Maßnahmen des BAV tritt hier gem. § 10 a BAG, § 9 Abs. 2 BVerwGG an die Stelle des normalen Verwaltungsrechtszugs grundsätzlich das Bundesverwaltungsgericht als erste und letzte Instanz.³⁵⁾

Diese Regelung ist - trotz der schwerwiegenden Eingriffsbefugnisse des BAV - dadurch gerechtfertigt, daß dem gerichtlichen Rechtsschutz gem. §§ 7 ff der 3. Durchführungsverordnung³⁶⁾ zum BAG ein umfassendes Verwaltungsverfahren vorgeschaltet ist.³⁷⁾

Für das hier konzipierte Rechtsschutzverfahren ergeben sich daraus folgende Feststellungen: einerseits fehlt es hier zwar an einem vergleichbar gründlichen Vorverfahren; andererseits aber wird grundsätzlich die Möglichkeit der Revision eröffnet. Zudem ist auch hier wieder zu beachten, daß der AGB-Kontrollinstanz keine vergleichbaren Eingriffsbefugnisse wie dem BAV eingeräumt sind, und daß demgemäß an die Rechtsschutzgewährung mindere Anforderungen gestellt werden können.

Letztlich ist zu berücksichtigen, daß es sich hier um normenkontrollähnliche Überprüfungen gesetzesähnlicher Vertragsordnungen handelt; daraus folgt, daß den rechtlichen Problemen ein Übergewicht gegenüber den Fragen der Sachverhaltsaufklärung zukommen wird.³⁸⁾ Auch unter diesem Aspekt erscheint die Beschränkung auf eine Tatsacheninstanz gerechtfertigt, ebenso aber auch die grundsätzliche Eröffnung der Revisionsinstanz sachlich geboten.

- Hinsichtlich dieser zweitinstanzlichen Zuständigkeit des AGB-Senats beim BGH müssen jedoch - vor allem im Interesse einer raschen und endgültigen Klärung der Rechtsbeständigkeit von AGB - gewisse Zulassungsbeschränkungen statuiert werden.

Die Präzisierung dieser Beschränkungen muß unter zwei maßgeblichen Ge-

33) Vgl. BVerfGE 4, 94/95; 8, 181/182.

34) Vgl. auch BVerfGE 4, 95.

35) Vgl. Prölss-Schmidt-Sasse a. a. O. § 10 a BAG, Anm. 1.

36) Vom 25. 3. 1953 (BGBl. I S. 75).

37) Vgl. BVerfGE 8, 174 ff.

38) Vgl. auch Rasehorn, Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 85.

sichtspunkten erfolgen:

Einmal sind Revisionen zu verhindern, deren alleiniges Ziel es ist, eine endgültige Entscheidung zu verschleppen und die darüberhinaus zu einer, der Rechtspflege abträglichen Überlastung dieses Gerichts führen würden. Zum anderen ist der Stellung des BGH als einem Obersten Gerichtshof, Art. 95 Abs. 1 GG, und als einem grundsätzlich letztinstanzlichem Rechtsmittelgericht ³⁹⁾ durch eine Selektion der zulässigen Revisionen auf die Fälle von grundsätzlicher Bedeutung Rechnung zu tragen. Vor allem auch ist eine Bindung der Revisibilität an einen bestimmten Streitwert abzulehnen: abgesehen davon, daß hier oft ein fixer Streitwert angesichts des nichtvermögensrechtlichen Charakters der Streitigkeit nicht gegeben sein wird oder ein Streitwert sich jedenfalls nur schwer bestimmen lassen wird, ⁴⁰⁾ ist eine Streitwertrevision schon vom Grundsatz her abzulehnen, da das von ihr als maßgeblich herausgestellte Kriterium einem sich sozial nennenden Rechtsstaat unangemessen ist.

Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen bietet sich eine, der kartellrechtlichen Zulassungsregelung des § 73 Abs. 2 GWB entsprechende Fixierung der revisionseröffnenden Voraussetzungen an. Danach ist die Revision zum AGB-Senat beim Bundesgerichtshof für Zivilsachen zuzulassen, wenn

a. eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden ist oder

b. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ^{40a)} eine Entscheidung des BGH erfordert.

- Andererseits bleibt jedoch insoweit ein letzter Punkt klärungsbedürftig: Wie bereits ausgeführt, ^{40b)} wird in der Praxis die Aufsichtsbehörde regelmäßig alle übereinstimmenden AGB der Unternehmer einer Branche gemeinsam vorlegen. Die einzelnen Verfahren sind dabei rechtlich grundsätzlich voneinander unabhängig, werden aber entsprechend § 147 ZPO

39) Vgl. BVerfGE 8, 180.

40) Angesichts dieser Schwierigkeiten empfiehlt es sich im übrigen, den Streitwert bei AGB-Kontrollverfahren gesetzlich zu fixieren. Damit wird verhindert, daß ein Unternehmen auf einen möglichst hohen Streitwert "hinzuarbeiten" vermag und durch dieses Spekulieren und Taktieren mit dem Prozeßrisiko die vorlageberechtigten Organe (siehe dazu unten Ziffer 3) von einer gerichtlichen Vorlage der betreffenden AGB abzuhalten vermag. Es gilt, den Streitwert solchen prozeßtaktischen Erwägungen der Parteien zu entziehen.

40a) Vgl. auch die insoweit entsprechende Regelung des § 28 Abs. 2 FGG.

40b) Vgl. oben Kapitel X Ziffer 1.1.

zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbunden. Da die betreffenden Unternehmer dabei die Rechtsstellung einfacher Streitgenossen haben, vermag mithin auch jeder einzelne unabhängig von den betroffenen Mitunternehmern den Rechtsstreit in der Revisionsinstanz fortzuführen.

Beließe man es bei dieser Regelung, so wäre die angestrebte Rechtsvereinheitlichung wieder in Frage gestellt: gehen nur ein oder einige wenige Unternehmer in Revision und erstreiten sie dort eine Urteilsänderung oder -aufhebung, so ergäben sich wiederum einander widersprechende Urteile in ein und derselben Branche. Dies zu verhindern, bietet sich als praktikabelste und dogmatisch unbedenklichste Lösung folgender Weg an: Bei Revisionseinlegung nur durch einen Teil der betroffenen Unternehmer legt die Aufsichtsbehörde ihrerseits hinsichtlich der verbleibenden Branchen-AGB gleichfalls Revision ein. Damit wird eine einheitliche Spruchpraxis auch in der Revisionsinstanz gewährleistet.

Allerdings könnten einzelne Unternehmer dies theoretisch dadurch verhindern, daß sie erst unmittelbar vor Fristablauf die Revision einlegen; erfährt das Aufsichtsamt hiervon, so wird eine Revision hinsichtlich der übrigen Verfahren regelmäßig verfristet sein. Insoweit erscheint ebenfalls ein ebenso praktikabler wie einfacher Lösungsweg vorzugswürdig: Die Zustellung der OLG-Urteile an die Aufsichtsbehörde erfolgt erst dann, wenn bereits an alle Unternehmer zugestellt worden ist. Dadurch wird sichergestellt, daß der Behörde immer noch Zeit verbleibt für die Einlegung der Revision in den übrigen Fällen.

3. Von maßgeblicher Bedeutung ist die Zuständigkeitsregelung dieser AGB-Senate, mithin die Frage, durch wen und unter welchen Voraussetzungen sie angerufen werden können. Insoweit sind im wesentlichen drei Fallgruppen ins Auge zu fassen:

1. Vorlagerecht und -pflicht der staatlichen Kontrollbehörde
2. Vorlagerecht für Letztabnehmer oder Verbraucherverbände
3. Vorlagerecht und -pflicht der "normalen" Zivilgerichte entsprechend der Regelung des Art. 100 GG.

- 3.1. Die Voraussetzungen, unter denen die staatliche Kontrollbehörde zur Vorlage von AGB berechtigt und verpflichtet ist, wurden bereits eingehend und abschließend dargelegt.⁴¹⁾

Durch dieses behördliche Vorlagerecht wird die, für das Funktionieren des gesamten konzipierten Rechtsschutzsystems entscheidende Verbindung zwischen der staatlichen Kontrollinstanz und der Rechtsprechung hergestellt.

41) Vgl. oben Kapitel X, insbesondere Ziffer 1.

Erst durch dieses Vorlagerecht kann die Behörde - wegen der ihr selbst vor-
 enthaltenen Entscheidungsbefugnis - zu einem effektiven Schutz der Ver-
 braucher vor unbilligen AGB beitragen.

Da alle AGB sowie alle AGB-Änderungen diese Kontrollinstanz durchlaufen
 müssen, kommt diesem Vorlagerecht die überragende Bedeutung zu: hier-
 mit wird die dringliche rechtspolitische Forderung nach möglichst frühzeiti-
 ger und umfassender Kontrolle sowie nach weitestgehender Abwälzung des
 Prozeßrisikos vom Letztverbraucher erfüllt.

- 3.2. Andererseits vermag diese Behörde - angesichts der ihr beigegebenen "Sieb-
 funktion" und in Anbetracht nicht auszuschließender Fehlbegutachtungen -
 keinen lückenlosen Schutz vor unbilligen AGB zu garantieren. Es sind da-
 her weitere Möglichkeiten zu erörtern, Formularbedingungen den speziel-
 len AGB-Senaten zur Kontrolle zu unterbreiten.

- 3.2.1. Als umfassendste Lösung böte sich hier die Gewährung eines Vorlagerechts
 für alle Letztverbraucher an. Hinsichtlich der Vorlagevoraussetzungen im
 einzelnen kämen - rein theoretisch - drei Varianten in Betracht:

- a. Die Vorlagebefugnis wird an keine besonderen Bedingungen ge-
 knüpft (Popularantragsrecht).
- b. Vorlageberechtigt ist, wer einen beabsichtigten Vertragsschluß
 unter Geltung der beanstandeten AGB substantiiert darlegt.⁴²⁾
- c. Eine Vorlagebefugnis besteht nur dann, wenn ein Vertrag unter
 Einbeziehung der angegriffenen AGB bereits besteht.

- Zunächst ist festzustellen, daß zwischen den beiden ersten Varianten kei-
 ne ins Gewicht fallenden Unterschiede bestehen, da ein beabsichtigter Ver-
 tragschluß stets fingiert werden kann. Es kann daher von vorneherein auf
 das Zulässigkeitskriterium des "beabsichtigten Vertragsschlusses" verzich-
 tet werden.

Gegen ein Popularantragsrecht hinsichtlich AGB ergeben sich jedoch weniger
 rechtliche, als vor allem praktische Bedenken.

Einmal sind vergleichbare Rechtsinstitute unserem Rechtsschutzsystem fast
 völlig fremd; lediglich im Wettbewerbsrecht findet sich ein Popularklage-
 recht nach § 11 Abs. 1 Ziffer 2 - 4 WZG,⁴³⁾ wobei jedoch der Prüfungsge-

42) Ein ähnlich ausgestaltetes Antragsrecht der Kunden sieht Rehbinders für
 den von ihm bevorzugten staatlichen AGB-Verbotsvorbehalt vor, vgl.
 in: Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts,
 1972, S. 40.

43) Vgl. Hartgen, Warenzeichengesetz, Kommentar, 1968, § 11 Anm. 11.

genstand dort ein völlig wesensverschiedener, nämlich die Frage der Löschung eines Warenzeichens ist.

Selbst wenn man - in Anbetracht des weiten gesetzgeberischen Ermessensspielraums - außer acht lassen würde, daß insoweit ein Fremdkörper in unser Rechtsschutzsystem eingebaut werden würde, so erscheint ein solches Popularantragsrecht hinsichtlich AGB jedoch bereits weder praktikabel noch zweckmäßig:

Denn damit ergäben sich weitgehende Überschneidungen mit der Vorlagebefugnis der staatlichen AGB-Kontrollinstanz; indem alle AGB diese behördliche Kontrolle zu durchlaufen haben, entfällt das Bedürfnis, darüberhinaus noch ein zusätzliches, derart umfassendes Vorlagerecht zu installieren. Zudem stünde eine Überbeanspruchung der speziellen AGB-Senate zu befürchten, die gebotene Konzentrierung der richterlichen Kontrolle auf die wirklich bedenklichen AGB nicht mehr gewährleistet.

Allenfalls wenn - aus welchen Gründen auch immer - die Einschaltung staatlicher Stellen in die AGB-Kontrolle nicht realisierbar wäre, könnte man daran denken, diese Lücke durch ein allgemeines Antragsrecht aller Verbraucher zu schließen.

- Auch bei bereits bestehender Vertragsbeziehung ergibt sich kein sachliches Bedürfnis für ein solches Vorlagerecht für Letztverbraucher.

Abgesehen von den vorgehend dargelegten Erwägungen, die auch hier gleichermaßen einschlägig sind, ist hier noch ein weiteres zu bedenken: es erscheint - angesichts der Existenz der staatlichen AGB-Siebkontrolle - für den rechtsschutzsuchenden Verbraucher zumutbar, wenn man ihn auf die jederzeit offenstehende Möglichkeit eines normalen Zivilrechtsstreits verweist, in dem inzidenter über die Wirksamkeit der beanstandeten AGB entschieden wird. Dazu kommt, daß es ihm ebenso freisteht, eine gerichtliche Vorlage der betreffenden AGB beim Aufsichtsamt anzuregen, um somit des Prozeßrisikos enthoben zu werden. Abschließend ist festzuhalten, daß eine Vorlagebefugnis einzelner Verbraucher abzulehnen ist.

3.2.2. Grundsätzlich anderes muß gelten hinsichtlich der Verbraucherverbände.

Hier ist vor allem zu beachten, daß die Verbraucherverbände bzw. ihr Dachverband, die AGV, bereits im Verfahren bei der staatlichen AGB-Kontrollinstanz mit einbezogen worden sind, indem ihnen ein Gegendarstellungsrecht eingeräumt wurde.⁴⁴⁾

Diese Mitwirkungsbefugnis käme über eine bloße Alibifunktion nicht hinaus und müßte notwendigerweise verkümmern, würde man ihr jedwede ergänzen-

44) Vgl. oben Kapitel X, Ziffer 3.4. (S. 203 f).

den Befugnisse vorenthalten. Bei Nichtberücksichtigung der von Seiten der Verbraucherverbände vorgebrachten Bedenken müssen diese daher ganz allgemein in die Lage versetzt werden, gegen die betreffenden AGB etwas "auf eigene Faust veranlassen" zu können.

Konkret: Sofern das Aufsichtsamt die Bedenken des Verbraucherverbandes beiseitegeschoben und die angegriffenen AGB dem zuständigen Gericht nicht vorgelegt hat, der Verband jedoch weiterhin von deren Unbilligkeit überzeugt ist, wird ihm gleichfalls ein Vorlagerecht eingeräumt. Diesem Vorlagerecht kommt - gerade angesichts der bloßen Siebkontrolle der Aufsichtsbehörde - eine ganz gewichtige Auffangfunktion zu. Daneben stehen weitere, kaum minder bedeutsame Rechtfertigungsgründe: Die Verbraucherverbände sind - so gering man ihre derzeitige Bedeutung auch schätzen mag - die soziale Gruppe mit den größten praktischen Erfahrungen mit unbilligen AGB. Sie sind Anlaufstelle für den einzelnen Rechtsgenossen, der die Einseitigkeit der "vereinbarten" AGB im akuten Einzelfall schmerzlich zu spüren bekommt, sie sind - indem sie gewissermaßen an der Basis tätig werden - die Institution mit der größten Sensibilität für unbillige AGB.⁴⁵⁾ Ihre Erfahrungen sowie besondere Sach- und Problemnähe prädestiniert sie für eine aktive Mitwirkung bei der AGB-Kontrolle. Im Gegensatz zur staatlichen Kontrollinstanz wäre es dabei aber weniger ihre Aufgabe, kostspielige Musterprozesse mit ungewissem Ausgang zu führen, als vielmehr sich als eine Art "Seuchenpolizei" zu betätigen.⁴⁶⁾ Zudem sollte die, mit der Institutionalisierung eines solchen Vorlagerechts einhergehende spürbare Aufwertung der Verbraucherverbände - unmittelbar - zu einer Aktivierung dieser Organisationen, mittelbar aber vor allem zu einer stärkeren Bewußtseinsbildung bei der großen Masse der Verbraucher selbst führen.⁴⁷⁾

Insoweit kommt der direkten Einbeziehung der Verbraucherorganisationen in die AGB-Kontrolle exemplarische Bedeutung zu und erscheint dabei geeignet, die dumpfe Gewöhnung der Verbraucher an Ausnutzung, nicht selten gar Ausbeutung mittels AGB zu beseitigen. Auf längere Sicht gesehen, sollte sie mit dazu beitragen, daß die nachgerade fatalistische Einstellung der Verbraucher gegenüber AGB neuen Denk- und Lernprozessen weicht,

45) Vgl. H. Koch ZRP 73, 91.

46) Vgl. für die Klagebefugnis der Verbraucherverbände im Wettbewerbsrecht: Borck WRP 68, 4.

47) Vgl. auch Däubler in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 63 f.

die ihnen nicht zuletzt ihre wirklichen Abwehr- und Machtmöglichkeiten bewußt machen.

Eine solche rechtspolitisch notwendige Verlagebefugnis von Verbraucherverbänden vermag auch bereits auf vergleichbare Vorläufer im geltenden Recht zu verweisen. Im Wettbewerbsrecht wurde den Verbraucherverbänden durch Änderungsgesetz aus dem Jahre 1965 ⁴⁸⁾ in § 13 Abs. 1 a UWG eine unmittelbare Klagebefugnis eingeräumt; Klagebefugnisse für andere Interessenverbände bestehen in §§ 2 Abs. 1 ZugabeVO, 12 Abs. 1 RabattG.

Ebenso sieht auch der rechtspolitische Vorschlag der ASJ Mittelrhein eine Klagebefugnis für Verbraucherverbände gegen mißbräuchliche AGB vor, ⁴⁹⁾ räumt § 22 des Gesetzentwurfs der ASJ Südbayern ⁵⁰⁾ ihnen ein Beschwerderecht gegen die staatliche Genehmigung von AGB ein und gewährt das israelische Standard Contracts Law staatlich anerkannten Verbraucherorganisationen ein entsprechendes Antragsrecht. ⁵¹⁾

Ganz allgemein bleibt festzustellen, daß - je deutlicher die Notwendigkeit eines besonderen Verbraucherschutzes in allen Industrieländern wird - man immer weniger auf eine aktive Mitarbeit und Unterstützung von Verbraucherorganisationen wird verzichten können.

3.3. Drittens und letztens ist folgendes zu bedenken:

Auch durch die Schaffung spezieller AGB-Senate kann und soll nicht verhindert werden, daß in Rechtsstreitigkeiten vor den "normalen" Zivilgerichten die Rechtswirksamkeit von Letztverbraucher-AGB entscheidungsrelevant werden kann.

Damit stellt sich das Problem, ob auch die "normalen" Zivilgerichte neben den speziellen AGB-Senaten über die Rechtsgültigkeit solcher Geschäftsbedingungen zu entscheiden befugt sind, wie mithin die Prüfungs- und Verwerfungskompetenzen dieser Gerichte in bezug auf Allgemeine Geschäftsbedingungen gegeneinander abzugrenzen sind.

48) Vom 21.7.1965 (BGBl. I 625).

49) Vgl. den Abdruck in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 81 f unter Abschnitt III. Für eine AGB-Klagebefugnis von Verbraucherverbänden auch: Brandner in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 50; H. Koch ZRP 73, 90/91.

50) Vgl. Anlage I. Für eine verstärkte Einbeziehung der Verbraucherverbände in die AGB-Kontrolle auch: Lando in: Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung Nr. 41, 1968, S. 170.

51) Joel, Genehmigungspflicht von AGB, ZRP 73, 103/104.

- Vorweg ist festzustellen, daß bei der anstehenden Problematik die Fälle außer Betracht bleiben können, in denen die speziellen AGB-Senate bereits rechtsverbindlich über die Gültigkeit von Geschäftsbedingungen befunden haben. Denn dies betrifft die andere, im folgenden ⁵²⁾ noch eingehend zu erörternde Frage nach Art und Umfang der Bindungswirkung eines Urteils dieser besonderen Gerichte.

Hier jedoch geht es um die Frage, welche Kompetenzen die ordentlichen Gerichte hinsichtlich solcher Geschäftsbedingungen haben, die entweder von Aufsichtsamt und Verbraucherverbänden für nicht vorlagebedürftig erachtet wurden oder bei denen diese Prüfung der Vorlagebedürftigkeit noch nicht abgeschlossen ist.

- 3.3.1. Unproblematisch ist, daß die AGB-Prüfungskompetenz der Zivilgerichte durch die Bildung spezieller AGB-Gerichte in keiner Weise eingeschränkt wird. Entsprechend sind auch die Gerichte bei formell-nachkonstitutionellem Gesetzesrecht - trotz der insoweit beim Bundesverfassungsgericht begründeten alleinigen Verwerfungskompetenz ⁵³⁾ - unbeschränkt berechtigt, die Wirksamkeit solchen Rechts zu überprüfen.
 - 3.3.2. Schwieriger abzugrenzen ist die "Verwerfungs"kompetenz, worunter in diesem Zusammenhang die Befugnis verstanden wird, Allgemeine Geschäftsbedingungen für nichtig zu erklären.
 - Diese Befugnis muß den ordentlichen Gerichten jedenfalls bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nicht gegenüber Endverbrauchern verwendet werden, in vollem Umfang erhalten bleiben. Denn den speziellen AGB-Senaten fehlt es insoweit schon an einer Zuständigkeit; ⁵⁴⁾ mithin können Abgrenzungsschwierigkeiten sich hier überhaupt nicht ergeben.
 - Bei Letztverbraucher-AGB müssen folgende Gesichtspunkte maßgeblich berücksichtigt werden:
- Im Vorangegangenen wurde bisher allein der AGB-Aufsichtsbehörde sowie den Verbraucherverbänden die Zuständigkeit eingeräumt, Geschäftsbedingungen den speziellen AGB-Senaten zur Kontrolle vorzulegen. Der Kreis der Vorlageberechtigten ist mithin sehr klein, was nicht ohne Einfluß sein kann auf die Zahl der im Rechtsverkehr befindlichen, gleichwohl objektiv (teil-)nichtigen AGB. Diese Zahl ist zwar nicht zu überschätzen, denn - abgesehen von einer anfänglichen Übergangszeit - dürfte es nurmehr sehr

52) Vgl. die folgende Ziffer 4 dieses Kapitels.

53) Vgl. Leibholz/Rinck, Grundgesetz, 4. Auflage, 1971, Art. 100 Anm. 1.

54) Vgl. unter Ziffer 1.4. dieses Kapitels.

wenige AGB geben, die sowohl das staatliche Aufsichtsamt als auch die Verbraucherverbände unbeanstandet zu passieren vermögen, und die dennoch von einem "normalen" Zivilgericht im Rahmen eines anhängigen Prozesses für nichtig erachtet werden.

All dies hindert jedoch nicht an der Feststellung, daß für diese Fälle bestimmt werden muß, ob jeweils das angerufene Prozeßgericht selbst, oder aber - nach Aussetzung und Verweisung - ein spezielles AGB-Gericht über die Wirksamkeit dieser AGB zu befinden hat.

Bei der Entscheidung müssen folgende Kriterien beachtet werden:

Die Einrichtung spezieller AGB-Gerichte kann nur dann die angestrebten Folgen zeitigen, wenn die Entscheidungskompetenzen so weitgehend wie möglich bei ihnen konzentriert werden. Nur auf diesem Wege können die Vorzüge auf AGB spezialisierter, AGB-erfahrener Richter weitgehend ausgeschöpft werden; nur so lassen sich divergierende, der Rechtsklarheit und Rechtsübersichtlichkeit widersprechende AGB-Entscheidungen vermeiden. Nur so läßt sich eine einheitliche Rechtsprechung gewährleisten, werden insgesamt also die für die Bildung spezieller AGB-Senate maßgeblichen Zielsetzungen erfüllt.

In eben dieselbe Richtung weist eine andere Überlegung:

Unbeschadet der im einzelnen noch zu erörternden Frage, welche besondere Bindungswirkung der Entscheidung eines speziellen AGB-Senats zukommt, so erfährt diese doch jedenfalls mit Sicherheit eine größere Breitenwirkung als die inzidenter erfolgende Wertung von AGB durch ein beliebiges Zivilgericht. Gerade ein Urteil aber, das Allgemeine Geschäftsbedingungen für nichtig erklärt, bedarf in besonderem Maße der Veröffentlichung, der Kenntnismahme durch die Endverbraucher.

Während diese Erwägungen dafür streiten, die Verwerfungskompetenz bei den speziellen AGB-Gerichten zu monopolisieren, wirkt eine andere Überlegung insoweit als hemmendes Korrektiv:

Es ist zu bedenken, daß dem einzelnen rechtsschutzsuchenden Bürger oft besser dadurch geholfen wird, wenn das Gericht in dem von ihm angestregten Rechtsstreit über die Wirksamkeit entscheidungsrelevanter AGB unmittelbar selbst befindet. Es würde den individuellen Rechtsschutz in manchen Fällen unverhältnismäßig und unzumutbar in die Länge ziehen, wollte man eine obligatorische Aussetzung des Prozesses und ein davon unabhängiges Urteil über die Rechtsgültigkeit der einschlägigen AGB verlangen.

Andererseits wird allerdings dem präventiven Rechtsschutz der Allgemeinheit vor unbilligen Geschäftsbedingungen besser dadurch Rechnung getragen, daß ein AGB-Senat mit der Autorität eines spezialisierten Gerichts über die Geschäftsbedingungen befindet.

Als Ergebnis dieser Überlegungen ist festzuhalten, daß jedenfalls im Grundsatz einer Konzentrierung der AGB-Verwerfungskompetenz bei den speziellen AGB-Senaten der Vorzug zu geben ist. Dieser Grundsatz muß jedoch entsprechend den vorstehenden Überlegungen vor allem dort durchbrochen werden, wo das individuelle Rechtsschutzbedürfnis des prozessierenden Bürgers die entgegenstehenden, eine Monopolisierung der Verwerfungskompetenz fordernden Argumente und Interessen überwiegt.

3.3.3. Entsprechend diesen rechtspolitischen Leitlinien bietet sich folgende Lösung an:

Sind die "normalen" Zivilgerichte im Verlaufe eines anhängigen Rechtsstreits zu der Überzeugung gelangt, daß entscheidungserhebliche Geschäftsbedingungen - zumindest teilweise - nichtig sind, so sind sie berechtigt und verpflichtet, diese Bedingungen einem speziellen AGB-Senat zur verbindlichen Überprüfung vorzulegen. Damit wird eine, dem Art. 100 GG in seinen grundsätzlichen Intentionen ⁵⁵⁾ entsprechende Vorlagepflicht begründet. ⁵⁶⁾

Modifizierungen infolge überwiegenden Rechtsschutzbedürfnisses des einzelnen prozessierenden Verbrauchers sowie aus verfassungsrechtlichen Erwägungen ergeben sich in zweierlei Richtungen:

3.3.3.1. Diese Rechtsstreitigkeiten würden regelmäßig unverhältnismäßig lange dauern, wollte man auch hier eine Vorlage zum erstinstanzlichen AGB-Senat auf OLG-Ebene verlangen. In diesem Falle könnten oft bis zu 4 Instanzen mit der Entscheidung über die Wirksamkeit von AGB befaßt werden, etwa bei Vorlagen durch Landgerichte als zweitinstanzlichen Gerichten. Solche Verzögerungen sind den Prozeßparteien regelmäßig nicht zuzumuten.

Es ist daher - nicht zuletzt auch aus prozeßökonomischen Gründen - die Vorlage unmittelbar zum AGB-Senat beim Bundesgerichtshof geboten. Eine solche Regelung ist grundsätzlich auch gerechtfertigt: Eine unzumutbare Rechtsschutzbeeinträchtigung vor allem für den AGB-Aufsteller tritt

55) Dort: Monopolisierung der Verwerfungskompetenz hinsichtlich förmlicher, nachkonstitutioneller Gesetze bei den Verfassungsgerichten zwecks Wahrung der Einheitlichkeit der Rspr., vgl. Maunz-Dürig a. a. O. Art. 100, Anm. 4.

56) Ähnlich sieht Ramm eine AGB-Kontrolle durch die von ihm konzipierten Senate für Wirtschaftssachen vor nach Aussetzung eines konkreten Prozesses zwischen den Vertragsparteien, vgl. in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 87.

hierdurch nicht ein, da sich auch in diesen Vorlagefällen immer mindestens zwei Instanzen materiell und eingehend mit der Wirksamkeit dieser AGB auseinanderzusetzen hätten; denn Voraussetzung für die Zulässigkeit der Vorlage ist die Überzeugung des vorlegenden Gerichts von der Nichtigkeit dieser AGB.

Zum anderen allerdings ist zu bedenken, daß der AGB-Senat beim BGH die Geschäftsbedingungen in diesen Vorlagefällen notwendigerweise umfassend, d. h. in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht zu überprüfen hätte.

Dem steht wiederum entgegen, daß der BGH als Oberster Gerichtshof grundsätzlich als höchstes Rechtsmittelgericht innerhalb eines Instanzenzuges gedacht ist.⁵⁷⁾ Zwar folgt hieraus keineswegs, daß der BGH ausschließlich Rechtsmittelgericht sein müßte.⁵⁸⁾ Dennoch ist der grundgesetzlichen Wertung des Art. 95 GG dadurch Rechnung zu tragen, daß der Bundesgerichtshof jedenfalls im wesentlichen als Rechtsmittelgericht tätig wird, eine Zuständigkeit als Tatsacheninstanz nur ausnahmsweise und bei sachlich einleuchtenden Gründen begründet wird.⁵⁹⁾ Es ist mithin eine Einschränkung geboten.

Diese kann man in Anlehnung an die vergleichbare Vorschrift des § 9 Abs. 2 BVerwGG dahingehend präzisieren, daß eine Vorlage zum BGH nur dann in Betracht kommen kann, wenn

- die betreffenden AGB über den Bereich eines OLG-Bezirks hinaus verbreitet sind oder
- die Vorlage von allgemeiner grundsätzlicher Bedeutung ist
- oder wenn zwingende Gründe des öffentlichen Interesses eine alsbaldige Entscheidung erfordern.

3. 3. 3. 2. Diese verfassungsrechtlich gebotene Einschränkung wird gleichermaßen - aber mit anderer Begründung - gefordert durch das individuelle Rechtsschutzbedürfnis des prozeßführenden Bürgers:

Wie bereits angesprochen, bringt eine Prozeßaussetzung und Vorlage entscheidungsrelevanter AGB dem prozessierenden Verbraucher regelmäßig keine Vorteile. So würden z. B. amtsgerichtliche Prozesse mit niedrigem Streitwert verzögert, verteuert und - hinsichtlich eines Teilaspekts - auf einer Ebene fortgesetzt, die in keinem Verhältnis zur Bedeutung der Streitsache steht. Vor allem auch in Prozeßlagen, in denen Rechtsmittel gegen die anstehende Entscheidung nicht (mehr) statthaft wären, käme dieses Verfahren einer Verschlechterung des individuellen Rechtsschutzes gleich. Hier wäre

57) Vgl. Schmidt-Bleibtreu-Klein a. a. O. Art. 95 Anm. 1.

58) Vgl. BVerfGE 8, 177.

59) Vgl. BVerfGE 8, 1 ff, 180 ff mit Hinweis auf bereits bestehende Ausnahmeregelungen bei anderen Bundesgerichten.

dem Rechtsschutzsuchenden jeweils besser dadurch geholfen, wenn das Prozeßgericht entsprechend seiner Überzeugung die betreffenden AGB inzidenter für nichtig erklärt und damit den Rechtsstreit entscheidungsreif macht. Derartige Verkürzungen des individuellen Rechtsschutzes sind dem Rechtssuchenden regelmäßig nur dann zuzumuten, wenn es sich um solche über-regionalen AGB handelt oder wenn die anstehende Entscheidung von grundsätzlicher Bedeutung ist. Immer dann muß das Individualrechtsschutzbedürfnis dem überwiegenden Allgemeininteresse weichen.

3. 3. 3. Sowohl diese Erwägung als auch die dargelegten verfassungsrechtlichen Schranken führen damit zu dem Ergebnis, daß die Vorlagepflicht auf die, in Anlehnung an § 9 Abs. 2 BVerwGG bestimmten Fälle beschränkt werden muß.

Allein die letzteren Erwägungen aber verbieten es, daß in den verbleibenden Fällen die Vorlage zwar nicht zum BGH, wohl aber zum erstinstanzlichen AGB-Senat erfolgt. Das Individualrechtsschutzinteresse wäre hier gleichermaßen tangiert, es wäre darüberhinaus sogar nicht auszuschließen, daß diese Streitfrage auch noch zur Revision beim AGB-Senat des BGH zugelassen werden müßte.⁶⁰⁾ Angesichts der minderen Bedeutung solcher Geschäftsbedingungen ist es daher durchaus vertretbar, daß über ihre Wirksamkeit das Prozeßgericht und auch bloß inzidenter befindet.

Verbraucherverbänden wie AGB-Aufsichtsamt bleibt es im übrigen unbenommen, ein solches Urteil gegebenenfalls zum Anlaß zu nehmen, die betreffenden Geschäftsbedingungen einem speziellen AGB-Senat zur Kontrolle vorzulegen. Dann erfolgt auch hier kein bloßer Inzidententscheid, sondern es ergeht ein Urteil, das in der Hauptsache über die Gültigkeit dieser AGB befindet; dann kommt auch dieser Entscheidung die - im folgenden noch darzustellende - besondere Verbindlichkeit der Urteile eines speziellen AGB-Senats zu.

Für die Praxis ist letztlich davon auszugehen, daß für einen Großteil der Geschäftsbedingungen die Vorlagevoraussetzungen entsprechend § 9 Abs. 2 BVerwGG erfüllt sein werden:

Allgemeine Geschäftsbedingungen zeichnen sich oft durch überregionale Verbreitung aus und zumeist ist auch die Frage ihrer Rechtswirksamkeit - angesichts ihrer gesetzesähnlichen Funktionen - von allgemeiner, grundsätzlicher Bedeutung.

4. Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Kompetenz zur Entscheidung über die Rechtsgültigkeit von Letztverbraucher-AGB bei den speziellen AGB-

60) Vgl. die Zulassungsregel unter Ziffer 2.2. dieses Kapitels.

Senaten zwar konzentriert, nicht aber monopolisiert wird. Die Abgrenzung erfolgt entsprechend der Regelung des § 9 Abs. 2 BVerwGG; liegt einer der dort genannten Fälle vor, so ist das "normale" Zivilgericht zwingend gehalten, die betreffenden entscheidungserheblichen AGB vorzulegen; sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, so entscheidet das Prozeßgericht inzidenter über die Wirksamkeit der betreffenden AGB.

Mit dieser - neben die Vorlagebefugnisse von Aufsichtsamt und Verbraucherverbänden tretenden - Vorlagepflicht der Prozeßgerichte schließt sich der Kreis des hier skizzierten Kontrollsystems, das insgesamt eine nahezu lückenlose und frühzeitige Überprüfung unbilliger AGB zu gewährleisten verspricht.

4. In den bisherigen Ausführungen bereits indirekt angeklungen ist ein Punkt, dem entscheidende Bedeutung für die Effektivität einer speziellen gerichtlichen AGB-Kontrolle zukommt. Es ist dies die Frage nach Art und Umfang der Bindungswirkung, die einem unanfechtbaren Entscheid eines speziellen AGB-Senats zukommen muß und darf.

Vor allem interessant sind insoweit die Fälle, in denen ein AGB-Senat Allgemeine Geschäftsbedingungen oder Teile derselben für nichtig erklärt.

- 4.1. Was die richterlichen Entscheidungen angeht, die nach Vorlage durch die staatliche Kontrollbehörde bzw. durch die Verbraucherverbände ergehen, so sind für diese - praktisch bedeutsamsten - Fälle folgende Überlegungen anzustellen:

- 4.1.1. Zunächst ist zu berücksichtigen, daß es sich hier um normenkontrollähnliche Verfahren handelt; während jedoch bei den eigentlichen Normenkontrollverfahren das Verhältnis zwischen Allgemeinverbindlichkeit und Rechtskraft umstritten ist,⁶¹⁾ bedarf es hier insoweit keiner ausführlichen Darstellung und Auseinandersetzung: einerseits sind solche mehr dogmatischen Detailfragen bei rechtspolitischer Betrachtung minder bedeutsam und andererseits handelt es sich hier - bei aller Vergleichbarkeit mit der abstrakten Normenkontrolle - eben doch um eine Klage sui generis, für die der sowieso schon gegebene rechtspolitische Spielraum noch breiter wird.

Nichtsdestotrotz ist jedoch festzuhalten, daß es sich bei Gerichtsentscheidungen der hier vorliegenden Art nur um Probleme der (Allgemein-)Verbindlichkeit handeln kann. Denn materielle Rechtskraft kann nach allgemeiner Meinung nur Entscheidungen über konkrete Sachverhalte zukommen, Ent-

61) Vgl. dazu eingehend Maunz, Siegloch, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Art. 31 Anm. 5 ff; Mang, Maunz, Mayer, Obermayer, a. a. O. S. 67.

scheidungen, bei denen es um Streitbeseitigung und Friedenssicherung inter partes geht.⁶²⁾ Hier aber handelt es sich demgegenüber um die rechtliche Begutachtung einer abstrakt generellen Regelung, der zudem überhaupt kein streitiger konkreter Sachverhalt zugrundeliegt.

- 4.1.2. Die entscheidende Frage aber geht nunmehr dahin, Umfang und Grenzen der Verbindlichkeit eines solchen AGB-Urteils zu bestimmen.

Erster und wichtigster Ausgangspunkt ist dabei die These, daß es dem Normcharakter der AGB widerspräche, wenn man der Entscheidung lediglich Wirkung inter partes zugestehen würde.⁶³⁾

Gerade angesichts der weitgehenden Mißachtung richterlicher Entscheide durch die Wirtschaft muß das rechtspolitische Anliegen dahin gehen, solchen Urteilen der speziellen AGB-Senate unmittelbar rechtsverbindliche Wirkung für alle AGB dieses Unternehmens zuzumessen.⁶⁴⁾ Indem der Richterspruch entsprechend der Regelung des § 31 Abs. 2 BVerfGG - die unmittelbare Unwirksamkeit dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Wirkung gegenüber jedermann bedingen würde, käme damit der richterlichen AGB-Kontrolle die erforderliche größtmögliche Effektivität zu.

Für bereits erfüllte Verträge könnte man an eine, dem § 79 Abs. 2 BVerfGG entsprechende Regelung denken.⁶⁵⁾ Auf diesem Wege würde ein genereller und umfassender Rechtsschutz für die gesamte Verbraucherschaft erreicht. Die fehlende Verbindlichkeit eines behördlichen AGB-Genehmigungsvorbehalts würde gewissermaßen auf der nachfolgenden Stufe der richterlichen Kontrolle wieder wettgemacht.

- 4.1.3. So positiv eine solche Lösung im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes auch erscheinen mag, so ist sie doch aus mehreren rechtlichen wie praktischen Erwägungen undurchführbar:

- Zuallererst ist zu bedenken, daß jedwede Allgemeinverbindlichkeit aus Gründen der Rechtssicherheit keine konkurrierenden Kompetenzen verschie-

62) Vgl. Lechner NJW 56, 443; Mang, Maunz, Mayer, Obermayer a. a. O. S. 67.

63) Vgl. auch M. Rehbinder, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, 1972, S. 33.

64) Ähnlich, wenn auch etwas unscharf, Brandner für die von ihm vorgeschlagene AGB-Kontrollklage von Verbraucherverbänden: "Auf die (gerichtliche) Entscheidung müßte sich jeder berufen können, der unter Einbeziehung der fraglichen AGB einen Vertrag abgeschlossen hat oder abschließt;" vgl. in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 50.

65) Vgl. Brandner, Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 50.

dener Gerichte verträgt, vielmehr bei einem Gericht monopolisiert sein muß.⁶⁶⁾ Denn andernfalls bestünde die im Rechtsstaat untragbare Gefahr einander widersprechender Urteile hinsichtlich der Wirksamkeit ein und derselben Norm. Vergleichbare Erwägungen müssen auch hier bei der normenkontrollähnlichen Überprüfung gesetzgleicher AGB gelten. Zwar stellt das den "normalen" Zivilgerichten verbliebene Recht, AGB von minderer Bedeutung inzidenter für nichtig zu erklären insoweit kein Hindernis dar, da solche Inzident-Erkenntnisse noch nicht einmal der materiellen Rechtskraft fähig sind, geschweige denn allgemein verbindlich sein können.⁶⁷⁾

Jedenfalls aber bestünde die Gefahr divergierender Urteile zwischen AGB-Senaten verschiedener Oberlandesgerichte zu ein und denselben Geschäftsbedingungen. Dies zu umgehen, könnte man sich demnach allenfalls darauf beschränken, nur den bundesgerichtlichen Entscheidungen eine so weitreichende Allgemeinverbindlichkeit zuzugestehen.

- Vor allem aber stehen einer solchen Regelung unüberbrückbare rechtsdogmatische Schwierigkeiten entgegen. Denn in diesen Fällen der Vorlage durch Aufsichtsamt oder Verbraucherverbände wird der Rechtsprechung angesichts der fehlenden Normqualität der Geschäftsbedingungen lediglich eine völlig rechtsunverbindliche, private Absichtserklärung, ein "rechtliches Nul-lum"⁶⁸⁾ zur Kontrolle unterbreitet. Wenn demnach dem maßgeblichen Prüfungsgegenstand von vorneherein schon jegliche Außenwirkung fehlt, kann ihm auch umgekehrt, als Ergebnis dieser Überprüfung, eine solche rechtliche Verbindlichkeit nicht wieder entzogen werden.

- Zu diesen rechtlichen Gründen kommen weitere Überlegungen hinzu, die eine solche Lösung darüberhinaus unpraktikabel erscheinen lassen:

Auch eine so starke Bindungswirkung muß sich die praktisch bedeutsame Einschränkung gefallen lassen, daß sie nur die AGB des Unternehmers zu erfassen vermag, dessen Bedingungen in concreto vorgelegt worden sind. Während man diese Einschränkung noch weitgehend dadurch umgehen kann, daß man jeweils die gleichlautenden oder jedenfalls die im wesentlichen vergleichbaren AGB der Unternehmen derselben Branche gemeinsam⁶⁹⁾ zur Kontrolle vorlegt, so kommt ein solcher Ausweg für den folgenden Nachteil nicht mehr in Betracht:

66) Vgl. Bettermann ZZP 72, 40.

67) Vgl. Bettermann ZZP 72, 40.

68) Emmerich JUS 72, 363.

69) Vgl. auch unter Ziffer 5 b des rechtspolitischen Vorschlags von Ramm in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 87.

- Denn auch eine derart intensive Bindungswirkung könnte von den betroffenen Unternehmern leicht, allzu leicht unterlaufen werden. Schon einige mehr oder minder bedeutsame grammatikalische Änderungen und Umstellungen in den betreffenden AGB wären geeignet, die Allgemeinverbindlichkeitswirkung wieder zu beseitigen.

Anders als der Gesetzgeber, der bei der Neuformulierung des für nichtig erklärten Gesetzes eine Vielzahl parlamentarischer und verfassungsrechtlicher Hürden zu überwinden hat, vermag der Unternehmer als "privater Normsetzer" von einem Tag auf den anderen - gegebenenfalls schon vorbereitete - modifizierte AGB aus der Schublade zu ziehen.

4. 1. 4. Wenngleich demnach diese weitestgehende Lösung ohne Aussicht auf Verwirklichung bleiben muß, so ist doch eine Bindungswirkung zu konzipieren, die dem normenkontrollähnlichen Charakter des Gerichtsverfahrens einerseits, sowie den oben aufgezeigten Bedenken andererseits so weitgehend wie möglich Rechnung trägt.

Danach ist einer Verbindlichkeit sui generis das Wort zu reden:

Alle Gerichte des ordentlichen Zivilrechtswegs sind an die, von dem betreffenden AGB-Senat in dem Urteil dargelegte Rechtsansicht gebunden.⁷⁰⁾

Der Tatsache, daß sich der konkrete Streitgegenstand bei juristischer Betrachtung als ein bloß "rechtliches Nullum" darstellt, wird dadurch Rechnung getragen, daß der maßgeblichen Rechtsansicht des AGB-Senats gewissermaßen gutachtlicher Charakter zukommt.

In solchen Urteilen wird also festgestellt, daß die "Vereinbarung" dieser oder jener AGB-Klausel in einer bestimmten Branche unwirksam ist, oder aber daß die betreffenden AGB in ihrer Gesamtheit rechtsgültig sind. Diese richterliche Erkenntnis ist in Tenor und tragenden Gründen für alle Gerichte verbindlich. Diese Verbindlichkeit reicht so weit, wie anderen AGB im wesentlichen vergleichbare Sachverhalte zugrundeliegen. Das wiederum bedeutet, daß die Bindungswirkung einerseits auch die AGB verwandter Branchen erfassen, andererseits aber - bei atypischen Umständen - ebenso einzelne AGB derselben Branche aussparen kann.

In der Praxis vor allem bedeutsam werden Entscheidungen sein, die Allgemeine Geschäftsbedingungen für nichtig erklären. Diese Urteile entfalten ihre besondere Bindungswirkung nicht nur für zukünftige Verträge, die un-

70) Ähnlich Ramm (in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft 1972, S. 87), der allerdings expressis verbis eine Bindung nur für das Gericht vorsieht, bei dem ein Prozeß mit den streitgegenständlichen AGB bereits anhängig war bzw. noch anhängig gemacht werden sollte.

ter "Vereinbarung" der betreffenden (teil)nichtigen AGB abgeschlossen und dann gerichtshängig werden. Denn damit bliebe die Verwendung unbilliger AGB für den Unternehmer auch weiterhin nahezu risikolos.

Vielmehr erfaßt diese Verbindlichkeit grundsätzlich alle jemals abgeschlossenen Verträge, denen die betreffenden AGB zugrundegelegt worden sind und die entweder schon rechtshängig sind oder die auch erst als Folge des maßgeblichen Urteils zum Gegenstand eines Rechtsstreits gemacht werden. Allerdings muß dieser Grundsatz im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit vor allem der betroffenen Unternehmer eine gewisse Einschränkung erfahren. Denn sehr oft müßte es zum finanziellen Ruin eines Unternehmens oder gar einer ganzen Branche führen, wenn alle einschlägigen Verträge der Vergangenheit noch einmal gerichtlich aufgerollt werden könnten.

Es empfiehlt sich daher eine, dem § 79 Abs. 2 BVerfGG entsprechende Regelung: ⁷¹⁾ bereits vollständig erfüllte Verträge bleiben von einem solchen richterlichen Entscheid unberührt. Gleiches muß gelten, wenn gesetzliche oder (wirksame) vertragliche Fristen bereits verstrichen sind. Letzteres betrifft die in der Praxis bei weitem bedeutsamsten Fälle, da ein Gewährleistungsausschluß für nichtig erklärt wird, in den vergleichbaren Fällen aber die 6-Monatsfrist des § 477 BGB bereits verstrichen ist.

Somit vermag ein solches Urteil - neben seiner Wirkung für zukünftige Fälle - auch für solche gleichgelagerten Verträge Wirkung zu entfalten, die im Zeitpunkt des Urteilserlasses noch in der Schwebe sind.

Die aufgezeigte Verbindlichkeit kommt auch den Entscheidungen der erstinstanzlichen AGB-Senate auf OLG-Ebene zu. Will allerdings ein OLG von einem früheren Urteil eines anderen AGB-Senats abweichen, so legt es die betreffenden Geschäftsbedingungen entsprechend § 28 Abs. 2 FGG dem zuständigen Senat beim BGH zur verbindlichen Entscheidung vor. Damit wird wiederum die gebotene Rechtseinheitlichkeit und Rechtssicherheit gewährleistet und vor allem erreicht, daß die betreffende Wirtschaftsbranche sich einer erforderlichen Modifizierung ihrer AGB nicht unter Hinweis auf anderslautende, ihr genehmere Urteile zu entziehen vermag.

Unmittelbar vergleichbare Vorbilder für eine so geartete Verbindlichkeit gerichtlicher Entscheidungen sind dem geltenden Recht fremd. Allenfalls die Allgemeinverbindlichkeit verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nach § 31 Abs. 1 BVerfGG ⁷²⁾ entfaltet eine ähnliche, allerdings weitergehendere Wir-

71) Vgl. auch Brandner in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 50.

72) Ähnlich auch die Allgemeinverbindlichkeit nach § 47 VwGO.

kung: Danach kommt solchen Entscheidungen eine über den Einzelfall hinausgehende Bindungswirkung zu, indem Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden verbindlich gehalten sind, die sich aus dem Tenor und den tragenden Gründen der Entscheidungen ergebenden Grundsätze in allen zukünftigen Fällen zu beachten.⁷³⁾ Dem entspricht die hier vorgeschlagene Bindungswirkung, allerdings mit der Einschränkung, daß nur die Gerichte davon betroffen werden.⁷⁴⁾

2. Entsprechende Regeln für die Verbindlichkeit haben auch in den Fällen zu gelten, da die Vorlage von AGB anlässlich eines konkreten Rechtsstreits durch das Prozeßgericht erfolgt. Insoweit besteht allein der geringfügige Unterschied, daß hier bereits in einen Vertrag einbezogene AGB, also (inter partes) geltendes Recht Gegenstand der Überprüfung ist.
3. Die aufgezeigte besondere Verbindlichkeit solcher Urteile kann noch in anderer Hinsicht nicht schrankenlos sein.
Es ist zu bedenken, daß die für die Ausgestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen maßgeblichen wirtschaftlichen Verhältnisse einem steten und raschen Wandel unterworfen sind. Sowohl Geschäftsbedingungen, die einmal für nichtig erklärt worden sind als auch solche, deren Wirksamkeit durch einen speziellen AGB-Senat bestätigt worden ist, können bei einer wesentlichen Veränderung der maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse auch juristisch entsprechend anders zu würdigen sein. Solche Urteile sollen und dürfen mithin nicht für alle Zeiten unanfechtbar sein.

Da einzig den Entscheidungen der speziellen AGB-Senate eine solche Bindungswirkung zukommt, können für eine Modifizierung dieser Urteile auch wiederum nur diese Gerichte in Betracht kommen. Dementsprechend sind Verbraucherverbände, Aufsichtsamt und Prozeßgerichte berechtigt, bei

73) Vgl. BVerfGE 19, 392; 20, 87; Leipholtz-Rupprecht a. a. O. § 31, Rdnr. 2.

74) Zur Veranschaulichung dieser Verbindlichkeit sui generis eine weitere Parallele: Hebt der BGH in der Revision ein Instanzurteil auf, so ist das Gericht der Zuweisung an die der Aufhebung zugrundeliegende rechtliche Beurteilung gebunden (vgl. Baumbach-Lauterbach a. a. O. § 565 Anm. 2 A; BGHZ 3, 321); während aber dort diese Bindung nur in derselben, nicht aber auch in gleichliegenden anderen Sachen wirksam wird (vgl. RG JW 37, 2229), entfällt diese letztere Einschränkung für die hier konzipierte Verbindlichkeit von AGB-Urteilen.

einem wesentlichen Wandel der maßgeblichen Sachverhalte oder der allgemeinen Rechtsauffassung solche Geschäftsbedingungen den speziellen AGB-Senaten erneut zur gerichtlichen Überprüfung vorzulegen.

Auf diese Weise wird einer unerwünschten Erstarrung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entgegengewirkt.

Andererseits verhindern die aufgezeigten besonderen Vorlagevoraussetzungen, daß die speziellen AGB-Senate bereits bei jeder unwesentlichen Veränderung der maßgeblichen Verhältnisse wieder mit solchen Geschäftsbedingungen konfrontiert werden. Insoweit wird auch für die notwendige Konsolidierung der Rechtsprechung Sorge getragen.

5. Gegen die somit aufgezeichnete Lösung könnte eingewendet werden, daß sie im praktischen Endeffekt nur eine unzureichende Verbesserung des Rechtsschutzes der Letztverbraucher zu gewährleisten verspricht; denn auch sie bietet dem mit unbilligen AGB konfrontierten Verbraucher unmittelbar keinen individuellen Rechtsschutz. Zieht der Unternehmer aus dem Urteil nicht freiwillig die entsprechenden Konsequenzen, so ist wiederum jeder einzelne Verbraucher gezwungen, selbst Klage zu erheben; erst dann vermag er davon zu profitieren, daß alle Gerichte an solche Urteile der speziellen AGB-Senate gebunden sind.

- Zu diesem möglichen und zu erwartenden Vorhalt ist eine erste, gewichtige Überlegung allgemeiner Art anzustellen: Auch bei der zunächst erwogenen, unmittelbar gegenüber jedermann wirkenden Allgemeinverbindlichkeit solcher AGB-Entscheidungen⁷⁵⁾ wäre jeder einzelne Verbraucher gezwungen - sofern der betreffende Unternehmer sich dem Urteil nicht freiwillig fügt - sein Recht jeweils vor Gericht durchzusetzen.

Ebenso vermag dem Verbraucher etwa auch bei der einschneidendsten Kontrolle, der staatlichen AGB-Genehmigungspflicht, einzig und allein ein Prozeß zu helfen, wenn ein Unternehmer ihm gegenüber ungenehmigte AGB verwenden sollte.

Zurückzuführen ist dies jeweils auf die Tatsache, daß man hier - anders als bei Gesetzgeber und Verwaltung - ein richterlichen Entscheidungen konformes Verhalten nicht gleichermaßen erwarten kann. Vielmehr muß einkalkuliert werden, daß gerade die kontrollbedürftigsten und rigorosesten Unternehmer ihnen ungünstige Entscheidungen negieren könnten. Inwieweit sich diese Gefahr tatsächlich verwirklicht hängt immer entscheidend davon ab, ob und inwieweit sich ein solches Verhalten für die Wirtschaft "lohnt", welche präventiven Wirkungen einem gesetzeswidrigen Handeln entgegenstehen.

Speziell unter diesen Aspekten muß der aufgezeigte Vorhalt gesehen und beantwortet werden.

Dabei sind zwei verschiedene Fallgruppen bzw. Sachlagen zu unterscheiden:

75) Vgl. oben Ziffer 4. 1. 2. dieses Kapitels.

5.1. Die erste betrifft die Rechtsstellung von Verbrauchern, die bei bzw. kurze Zeit nach Erlaß eines solchen, die Nichtigkeit von AGB-Klauseln aussprechenden Urteils, vertragliche Beziehungen unter Geltung eben dieser für nichtig erklärten AGB abgeschlossen hatten und bei denen es - infolge von Leistungsstörungen - nunmehr entscheidend auf diese Klauseln ankommt. Schon in diesen Fällen muß der Unternehmer gegen ihn angestregte Prozesse nunmehr tatsächlich fürchten:

Denn die angerufenen Gerichte sind an die Rechtsauffassung des speziellen AGB-Senats gebunden, die Nichtigkeit der Freizeichnungs-, Gewährleistungs- oder sonstigen Klausel ist damit unumgänglich und die Prozesse dürften zudem - angesichts des verbindlichen Präjudizes - wesentlich rascher vonstatten gehen.

Dem entspricht, daß das Prozeßrisiko für den Verbraucher entscheidend gemindert worden ist, mithin den vorprozessualen Einschüchterungstaktiken der Wirtschaft die durchschlagende Wirkung genommen ist.

Eine Kalkulation, die von vorneherein davon ausgehen muß, daß ins Haus stehende Prozesse aussichtslos sind, daß zudem - bei einer Vielzahl solcher Prozesse - hohe Prozeßkosten anfallen werden, eine solche Kalkulation wird derartigen Rechtsstreitigkeiten durch eigenes Nachgeben aus dem Wege gehen. Für den Verbraucher bedeutet dies vollen Rechtsschutz ohne die Widrigkeiten einer prozessualen Rechtsverfolgung.

Läßt der Unternehmer es nichtsdestotrotz auf einen Rechtsstreit ankommen, so wird ihm dies - soweit es maßgeblich nur auf die AGB ankommt - jeweils rasche und sichere Prozeßverluste einbringen.

Entscheidende Voraussetzung aber hierfür ist es stets, daß der Verbraucher entweder sowieso zum Prozeß entschlossen ist oder er aber das maßgebliche Urteil kennt. Fehlt diese Kenntnis, so wird für den verbleibenden Teil dieser Fälle mehr oder weniger alles beim alten bleiben.

Insoweit wird es daher entscheidend darauf ankommen, wie weit es gelingen wird, die Verbraucher über solche Urteile zu informieren. Die Voraussetzungen sind ungleich besser als bisher, da solchen Entscheidungen spezialisierter Spruchkörper von vorneherein mehr Breitenwirkung zukommen wird. Vor allem den Verbraucherverbänden wird hier ein neues, breites Informationsfeld erwachsen; ebenso muß eine verstärkte Einbeziehung der Massenmedien in die Publizierung solcher Entscheidungen erreicht werden. Die Publikation derartiger AGB-Urteile dürfte auch für die Massenmedien besonders attraktiv sein, da sie nicht einen einzelnen, konkreten und abgeschlossenen Fall betreffen, sondern vielmehr unmittelbar bedeutsam sind für eine große Vielzahl von Informationsempfängern.

Nichtsdestotrotz wird es allerdings nicht zu verhindern sein, daß einzelne Verbraucher in diesen Fällen - lediglich mangels Kenntnis - von einer verbindlichen Gerichtsentscheidung nicht werden profitieren können.

- 5.2. Wesentlich positiver aber noch sieht das Ergebnis aus für die zweite, bedeutendere Fallgruppe. Hier geht es darum, ob eine solche verbindliche AGB-Entscheidung die Verbraucher in Zukunft, d. h. nach Ablauf einer angemessenen Frist zur Neuformulierung der (teil-)nichtigen AGB, vor unbilligen AGB zu schützen vermag. Dies ist demnach die Frage nach der mittelbaren Auswirkung solcher Gerichtsentscheidungen.

Auch hier muß wieder gelten, daß der Verbraucher - sollte der Unternehmer seine AGB auch in Zukunft nicht ändern - wegen der Verbindlichkeit der AGB-Entscheidung sehr rasch zu einem obsiegenden Urteil gelangen wird; das Prozeßrisiko hat sich eben entscheidend von ihm auf den AGB-Aufsteller verlagert.

Unbeschadet dessen wird es aber regelmäßig überhaupt nicht zu solchen Prozessen kommen, da der Unternehmer diesen Urteilen Rechnung tragen und seine AGB entsprechend modifizieren wird. Diese Prognose findet in folgenden Erwägungen ihre Stütze:

Einmal wird ein solches Urteil in aller Regel nicht mehr bloß einen einzelnen Unternehmer treffen. Vielmehr wird jeweils der gesamte Block sinngemäß übereinstimmender AGB einer ganzen Wirtschaftsbranche dem Gericht gemeinsam vorgelegt; ein etwaiger Nichtigkeitsentscheid wird dementsprechend rechtsverbindlich unmittelbar gegenüber allen verfahrensbeteiligten AGB-Aufstellern.⁷⁶⁾ Kein Unternehmer wird sich mehr darauf berufen können, daß ein solches Urteil ihn nicht betreffe, daß er es etwa gar nicht kenne.

Zudem steht nicht zu erwarten, daß ein ganzer Wirtschaftszweig ein solches, notwendigerweise ungleich brisanteres und in der Öffentlichkeit bekannteres Urteil beiseitelegen oder einfach umgehen würde.

In gleicher Richtung wirkt auch die Aufsichtsbehörde, indem sie nach angemessener Frist bei allen Betroffenen - unter Androhung empfindlicher Ordnungsstrafen bei Zuwiderhandlung⁷⁷⁾ - die Vorlage entsprechend modifizierter Geschäftsbedingungen anmahnen wird.

Hat sie die betreffenden AGB seinerzeit nicht selbst vorgelegt, so kommt es für diese Anmahnung darauf an, daß die Behörde über Vorlagen von Ver-

76) Vgl. auch Ramm in: *Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft*, 1972, S. 87.

77) Siehe oben Kapitel X, Ziffer 4 (S. 209 ff).

braucherverbänden oder anderen Zivilgerichten ständig auf dem laufenden ist, daß mithin zu den AGB-Senaten ein steter und schneller Informationsfluß besteht.

Alle diese Maßnahmen einer permanenten behördlichen Aufsicht dürften die betreffenden Unternehmer von vorneherein davon abhalten, den richterlichen Nichtigkeitsentscheid zu unterlaufen. Die staatliche AGB-Aufsicht wird präventiv dafür sorgen, daß die Geschäftsbedingungen der jeweils davon betroffenen Unternehmer oder Branchen in Zukunft den Feststellungen dieser Gerichtsurteile entsprechen werden, daß für die Verbraucher mithin eine prozessuale Rechtsverfolgung regelmäßig entbehrlich wird.

Glaubt ein Unternehmer dennoch, sich dieser intensivierten Kontrolle entziehen zu können, so wird er nicht mehr wie bisher auf den lukrativen Abschreckungseffekt eigentlich nichtiger AGB ⁷⁸⁾ zählen können.

Angesichts der Verbindlichkeit von AGB-Urteilen für alle Gerichte käme eine solche Abschreckungsfunktion allein im vorprozessualen Stadium und dort auch nur beschränkt in Betracht: Die vorgeschlagene Veröffentlichungspflicht einschlägiger Urteile in den Geschäftsräumen des Unternehmers ⁷⁹⁾ - unter der Voraussetzung, daß er binnen angemessener Frist eine Modifizierung seiner AGB unterlassen hat - würde den gesetzesähnlichen AGB einen Großteil ihrer Abschreckungswirkung nehmen.

In dieselbe Richtung zielt ein gebührend zu propagierendes Auskunftsrecht der Verbraucher gegenüber der Aufsichtsbehörde, ob und inwieweit ein entsprechendes Nichtigkeitsurteil gegen einen AGB-Aufsteller besteht. Wird die Geltung bestimmter AGB bei Leistungsstörungen für den Verbraucher aktuell, so dürfte er sich dieser Auskunftsmöglichkeit regelmäßig auch tatsächlich bedienen.

5.3. Abschließend und zusammenfassend ist zweierlei anzumerken:

Einmal ist zu bedenken, daß die vorausgegangenen Ausführungen maßgeblich auf die Ausnahme-, die "kranken" Fälle abgezielt haben. Dabei darf nicht übersehen werden, daß der überwiegende Teil der Unternehmer solche AGB-Urteile akzeptieren wird - zumal angesichts der aufgezeigten Rechtsprechungskonzentrierung und ihrer Verbindlichkeit für die übrigen Zivilgerichte einem Verweis auf anderslautende Urteile der Boden entzogen ist.

Zum anderen ist festzuhalten, daß mit der konzipierten speziellen gerichtlichen AGB-Kontrolle und der ihr eigenen Verbindlichkeit der Rechtsschutz

78) Vgl. dazu oben Kapitel III.

79) Vgl. oben Kapitel X, Ziffer 4.2.2. (S. 211).

des Verbrauchers im Prozeß ganz entscheidend verbessert wird.

Für den vorprozessualen Verbraucherschutz, insbesondere vor der Verwendungs nichtiger AGB unter Spekulation auf ihren Abschreckungseffekt, wird sich - unter Assistenz der behördlichen Kontrolltätigkeit - mit Sicherheit eine wesentliche Verbesserung ergeben.

6. Letztlich seien noch zwei grundlegende Bemerkungen zu organisatorischen Problemen dieser speziellen AGB-Senate gemacht:

- Eines der maßgeblichen Probleme der behördlichen AGB-Kontrolle war das der Schaffung eines neuen, umfangreichen Verwaltungsapparates mit den daraus resultierenden etatmäßigen Schwierigkeiten. Vergleichbar schwierige Probleme werden jedoch hier nicht auftauchen; denn insoweit findet lediglich eine Verlagerung der AGB-Kontrolle innerhalb der Judikative statt; die Gesamtheit der Zivilgerichte wird entlastet, indem die AGB-Kontrolle bei den speziellen AGB-Senaten konzentriert wird. Auf längere Sicht gesehen steht durch die Konzentrierung und Vereinheitlichung der AGB-Rechtsprechung sogar zu erwarten, daß die Judikative insgesamt entlastet wird, indem die Wirtschaft angesichts der intensivierten Kontrollen dazu übergehen wird, richterlich für angemessen erklärte AGB freiwillig und branchenmäßig zu übernehmen.

- Für die anfängliche Kontrolltätigkeit der speziellen AGB-Senate ist jedoch - wie entsprechend beim AGB-Aufsichtsamt ^{79a)} - mit einer überdurchschnittlichen Arbeitsbelastung zu rechnen. Aber auch insoweit sind die Schwierigkeiten geringer als bei der staatlichen Kontrollinstanz, da man erforderlichenfalls weitere Senate bis zu einer Normalisierung als spezielle AGB-Senate ausweisen könnte. Die Tatsache, daß die AGB-Senate keine "besonderen Gerichte" i.S.d. § 14 GVG, sondern vielmehr Bestandteil des Zivilrechtswegs mit bloß besonderer sachlicher Zuständigkeit sind, ^{79b)} ermöglicht eine solche elastische Anpassung an außergewöhnliche Belastungsschwankungen.

79a) Vgl. oben Kapitel X Ziffer 3. 6.

79b) Vgl. oben unter Ziffer 2 dieses Kapitels.

XII. AUSBLICK

Tauglichkeit und praktische Auswirkungen des hier konzipierten rechtspolitischen Programms wurden bereits in aller Ausführlichkeit bei den einzelnen Programmpunkten dargelegt und erörtert.

Hier bleibt nurmehr übrig, zu skizzieren, wie sich dieses rechtspolitische Gesamtkonzept auf die Entwicklung des Geschäftsbedingungswesens insgesamt auswirken wird.

Als wichtigste Auswirkung wird sich aufgrund der aufgezeigten gesetzlichen Regelung eine spürbar gerechtere und ausgewogenere Gestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einstellen. Für die tatsächliche Einhaltung des neuen, engeren Gestaltungsspielraums der AGB-Aufsteller wird maßgeblich die staatliche Kontrollinstanz Sorge tragen.

Die Wirtschaft wird - angesichts der ihr auferlegten Beschränkungen - mehr denn je zuvor dazu übergehen, von staatlicher wie vor allem von gerichtlicher Kontrolle für adäquat befundene AGB brancheneinheitlich zu übernehmen.

Diese Entwicklung, bei der im übrigen für eine Anmeldepflicht nach § 2 GWB kein Raum mehr bliebe, wäre für alle Beteiligten von Vorteil:

- Für die Wirtschaft, indem sie auf rechtsbeständige Vertragsbeziehungen zu bauen vermag, vor überraschenden Urteilen beliebiger Instanzgerichte gefeit ist, insgesamt einen erheblichen Gewinn an Rechtssicherheit und Kalkulationsgenauigkeit wird verzeichnen können.

Zudem wird gerade der großen Masse der mittleren und kleinen Betriebe ohne eigene Rechtsabteilung die schwierige Arbeit der Formulierung branchengerechter und rechtsbeständiger AGB abgenommen.

Andererseits steht angesichts des bloß indirekten Zwangs zur Verwendung brancheneinheitlicher AGB eine etwaige Erstarrung des Geschäftsbedingungswesens nicht zu befürchten: weiterhin bleibt es der Wirtschaft selbst - und dabei in der Praxis wohl vornehmlich den verschiedenen Fachverbänden - überlassen, ihre Bedingungen neuen Sachgegebenheiten erforderlichenfalls flexibel anzupassen.

Auf Seiten der Wirtschaft bleibt als einziger aber gewichtiger "Passivposten" die Tatsache, daß diese brancheneinheitlichen AGB nunmehr wesentlich ausgewogener und minder einseitig ausgestaltet sein werden.

- Auf Seiten der Verbraucher hingegen schlägt eben dies als größter "Aktivposten" zu Buche.

Für sie bleibt es zwar bei dem Grundsatz "take it or leave it",⁸⁰⁾ doch nunmehr können sie die begehrte Leistung erwerben - ohne Lesen des "Kleingedruckten" wie bisher, aber nun in dem begründeten Vertrauen, daß diese vertraglichen Regeln ihre Interessen hinreichend angemessen berücksichtigen. Zugleich wird damit der Wettbewerb ganz auf Preis- und Qualitätswettbewerb konzentriert, auf Faktoren also, die der Verbraucher ganz allgemein wesentlich besser zu beurteilen vermag und die der Markttransparenz förderlich sind.

Der faktische Verzicht auf den Wettbewerb mit AGB wird dadurch legitimiert, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen hierzu sowieso wenig geeignet erscheinen.

Zur Stützung dieser wünschenswerten Tendenz zur Verwendung brancheneinheitlicher AGB könnte die staatliche Kontrollinstanz zudem unverbindliche Musterbedingungen veröffentlichen, die der maßgeblichen AGB-Rechtsprechung entsprechen.⁸¹⁾ Vor allem für Branchen ohne eigenen Fachverband dürfte dies eine wertvolle "Formulierungs- und Orientierungshilfe" sein. Im praktischen Endergebnis werden also eine Vielzahl "kleiner BGB's" bestehen, jeweils modifiziert nach den Besonderheiten der verschiedenen Branchen und ähnlich stark gebunden an die Grundsätze der materiellen Gerechtigkeit und der Billigkeit.

Darüberhinaus sollte das vorgeschlagene rechtspolitische Konzept mehr Rechtssicherheit und Übersichtlichkeit für alle Vertragspartner, sowie mehr Markttransparenz und weniger Prozeßrisiko für den Letztverbraucher bringen.

80) Emmerich JUS 72, 361.

81) Der Erlaß solcher Musterbedingungen entspricht auch einer ständigen Praxis des BAV im Versicherungsaufsichtsrecht; vgl. Vassel a. a. O. S. 59, 97.

Für die AGB spricht sich im übrigen auch Brandner (in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 55/56) für die Erstellung solcher Musterbedingungen aus. Diese sollen von unabhängigen, vom Staat zu berufenden Fachkommissionen ausgearbeitet werden und Richtlinienfunktion für den Rechtsverkehr ausüben.

LITERATURVERZEICHNIS

- Altmann-Düll-Kammerer, Öffentliche Verwaltung - Modernisierung als gesellschaftliches Problem, 1971
- Auer, Eugen, Die richterliche Vertragskorrektur von Standardverträgen, Diss. Bern, 1964
- derselbe, Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 63,1115, Nr. 1731
- Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVdStRL, 12,37
- Badura, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AÖR 92,382
- Ballerstedt, Staatsverfassung und Wirtschaftsfreiheit, DöV 51,160
- Baumbach-Duden, HGB, Kommentar, 20. Auflage, 1972
- Baumbach-Lauterbach, ZPO, Kommentar, 30. Auflage, 1970
- Baur, Erfordert das Kraftfahrzeug als wertvolles Wirtschaftsgut besondere Bestimmungen über Erwerb und Veräußerung? DAR 62,321
- Bender, Beschleunigt die "Beschleunigungsnovelle"! ZRP 69,58
- Bernhardt, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Rechtsnormen, DR 42,1171
- Bettermann, Über richterliche Normenkontrolle, ZZP 72,32
- Biedenkopf, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, BB 56,473
- derselbe, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung, 1958
- derselbe, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 113
- Bonner Kommentar, Kommentar zum Bonner Grundgesetz
- Borck, Erste Erfahrungen im Umgang mit der Aktivlegitimation für Verbraucherverbände, WRP 68,1
- Brandner, Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 162,237
- Brandt, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das sogenannte dispositive Recht, DRW 40,76
- Bruck-Möller, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 8. Auflage, 1. Band, 1961
- v. Brunn, Zur Schadensersatzpflicht im modernen Industrierecht, NJW 51,103
- derselbe, Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 167,70
- derselbe, Die formularmäßigen Vertragsbedingungen der deutschen Wirtschaft, 2. Auflage, 1956 (a. a. O.)

- derselbe, Die Verwaltungspraxis zu den Konditionenkartellen, Kartellrundschau, Heft 1, 1960
- derselbe, Die Entstehung der heute gebräuchlichsten Bedingungen für den Verkauf von Kraftfahrzeugen, DAR 67, 149
- Bülow, Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64 (1881), 1
- v. Caemmerer, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, JZ 53, 97
- Clemm, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen des westdeutschen Kraftfahrzeughandels unter besonderer Berücksichtigung der Abzahlungsverkäufe, Diss. Würzburg, 1958
- Comment, Administrative Regulation of Adhesion Contracts in Israel, Col. L. Rev. 66, 1344
- Diedrichsen, Die Aufstellung Allgemeiner Geschäftsbedingungen und ihre Aufrechterhaltung bei Nichtigkeit einzelner Klauseln, ZHR Bd. 132 (1969), 232
- Dietz-Nikisch, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, 1954
- Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, Festschrift für Nawiasky, 1956, S. 157
- Eilles, Gedanken zur Auslegung und Anwendung subjektiven Privatrechts, ZZP 62, 1
- Ellwein, Entwicklungstendenzen der öffentlichen Verwaltung in: Öffentliche Dienstleistungen - Vergeudung von Steuergeldern, S. 102
- Emmerich, Die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JUS 72, 361
- Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Lehrbuch, 1. Band, 15. Auflage
1. Halbband 1959, 2. Halbband 1960
- Esser, Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 3. Auflage, 1968
- Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Auflage, 1971
- Fausel, Der rechtliche Schutz des Kunden vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen und italienischen Recht, Diss. München, 1966
- Fechner, Rechtsphilosophie, 1956
- Fischbach, Die neuen Einheitsbedingungen für den Verkauf von Kraftfahrzeugen, RdK 38, 60
- Fischer, Die Allgemeinen Geschäfts- und Lieferungsbedingungen, BB 57, 481
- Fikentscher, Sind die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen abdingbar? BB 61, 297
- derselbe, Schuldrecht, Lehrbuch, 2. Auflage, 1969 (a. a. O.)

- Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Band, Das Rechtsgeschäft, 1965 (a. a. O.)
- derselbe, Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, NJW 50, 841
- Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1958
- Franz, Der Schadensersatzanspruch des Verkäufers wegen Nichterfüllung und seine Pauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 66, 2342
- Friedel, Die Lieferungsbedingungen des Kraftwagenhandels und der Kraftwagenindustrie, Diss. Tübingen, 1939
- Fromm-Goldberg, Versicherungsaufsichtsgesetz, Kommentar, 1966
- Fulton, A Framework for the Future, Civil Service National Whitley Council, 1970
- Galette, Wandlungen der Verwaltungsaufgaben, ihrer Zuordnung und Durchführung im modernen Leistungsstaat, in: Funktionsgerechte Verwaltung im Wandel der Industriegesellschaft, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 43
- Gelhaar, Besondere Bestimmungen über Erwerb und Veräußerung des Kraftfahrzeugs? DAR 63, 1
- Giehl, Die öffentliche Verwaltung in der modernen Gesellschaft - Bürokratie oder Management, BayVBl 72, 58
- Grebner, Allgemeine Geschäftsbedingungen und "lästige Klauseln" in Formularverträgen nach italienischem Recht, NJW 71, 968
- Grewe, Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes, DRZ 49, 351
- Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, 1933
- Grunsky, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft, BB 71, 1113
- derselbe, Erwiderung auf Löwe BB 72, 185 in BB 72, 189
- Gudian, Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, ZRP 72, 147
- Hamann, Nochmals: "Die verfassungsmäßige Ordnung", BB 57, 341
- Hammelbeck, Begriff, Arten und Verbindlichkeiten der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1930
- Hart, Umkehrung der Beweislast durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 66, 1205
- derselbe, Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem, Kritische Justiz 71, 269
- Hartgen, Warenzeichengesetz, Kommentar, 1968
- Haupt, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Banken, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 105, 1937

- Haus, Vereinbarung von Geschäftsbedingungen zwischen den beteiligten Interessengruppen, Diss. Bonn, 1936
- Hecht, Der standardisierte Vertrag als rechtsdogmatisches und rechtspolitisches Problem, ZSchweizR, Neue Folge, Band 79 (1960) S.47
- derselbe, The Israel Law on Standard Contracts, Israel L.Rev. 3 (1968), S.586
- Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933
- Helm, Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag, JUS 65,121
- Herrmann, Eingedämmte Generalklauseln, JZ 55,183
- Herschel, Abänderung sittenwidriger allgemeiner Geschäftsbedingungen durch richterliche Vertragskorrektur, DR 39,1264
- derselbe, Die Vertragsordnung als Rechtsnorm, DR 42,753
- Herzog, Verfassungsgerichtliche und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, BayVBl. 61,368
- Hildebrandt, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AcP 143,326
- derselbe, Zulässigkeit und Wirkung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, JR 55,325
- v.Hippel, Eike, Zur richterlichen Kontrolle unlauterer Geschäftsbedingungen in den Vereinigten Staaten, RabelsZ 69,564
- derselbe, Grundfragen des Verbraucherschutzes, JZ 72,417
- derselbe, Präventive Verwaltungskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen? ZRP 72,110
- v.Hippel, Fritz, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, 1936
- derselbe, Die Perversion der Rechtsordnungen, 1955
- Huber, E.R., Die Gestalt des deutschen Sozialismus, 1934
- derselbe, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1, 1953
- derselbe, Der Streit um das Wirtschaftsverwaltungsrecht, Teil I bis IV, DöV 56,97,135,172,200
- Hurst, Inwieweit kann Gesetzesrecht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen abbedungen werden? Diss. Köln, 1958
- Isele, Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JUS 61,301
- Johannes, Anm. zu OLG Stuttgart NJW 63,1206 in NJW 63,1206
- Klausing, Rechtsgestaltung und Rechtsschöpfung im Vertrags- und Gesellschaftswesen, 1936
- Kliege, Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse, 1966
- Klinger, Die Problematik der Einheitsbedingungen in der Industrie, Betr. 64, 1633
- Knieper, "Technokratische Rationalität in Allgemeinen Geschäftsbedingungen?" ZRP 71,60

- Koch, Arwed, Allgemeine Lieferungs- und Geschäftsbedingungen, DR 44, 166
- Koch, Harald, Schutz vor unbilligen Geschäftsbedingungen, ZRP 73, 89
- Kollmar, Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, Tübingen, 1961
- Krause, Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, BB 55, 265
- Krüger, Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat, BB 53, 565
- Lalou-Azard, Traité pratique de la responsabilité civile, 6. Auflage, 1962
- Lange-Fuchs, Stärkung des Konsumenten im schwedischen Wirtschaftsleben, NJW 71, 1494
- Langen, Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Auflage, 2. Band, 1967
- Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, 10. Auflage, 1970
- Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Festschrift für Heinrich Lehmann I, 1956, S. 145
- Laux, Planung als Führungsmittel der Verwaltung, 1967
- Lechner, Nochmals zur bindenden Wirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, NJW 56, 441
- Leipholtz-Rinck, Grundgesetz, 4. Auflage, 1971
- Leipholtz-Rupprecht, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, 1968
- Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, 1961
- Lindacher, Richterliche Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Schutzbedürftigkeit des Kunden, BB 72, 296
- Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, 5. Auflage, 1838
- Löwe, Einschränkung von Gerichtsstandsvereinbarungen, ZRP 70, 97
- derselbe, Besondere Urkunde genügt nicht, ZRP 70, 275
- derselbe, Gerichtsstandsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen, NJW 70, 2236
- derselbe, Verstärkter Schutz des Kunden vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Wettbewerb? BB 72, 185
- derselbe, Zur Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 73, 17
- Loewenheim, Anmerkung zu BGH NJW 69, 1708 in NJW 69, 2043
- v. Lüpke, Allgemeine Geschäftsbedingungen für den Verkauf von Gebrauchtwagen rechtswirksam? BB 56, 609; 57, 595
- derselbe, Zur Ausgestaltung allgemeiner Geschäftsbedingungen, insbesondere für den Handel mit gebrauchten Kraftfahrzeugen, BB 57, 169
- Lukes, Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JUS 61, 301
- derselbe, § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 63, 1897

- Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 3. Auflage, 1968
- v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 1955
- Maunz, Deutsches Staatsrecht, 3. Auflage, 1954; 17. Auflage, 1969
- Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 1964
- Maunz, Siegloch, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 1972
- zur Megede, Gerichtsstandsvereinbarungen nur zwischen Kaufleuten, ZRP 69, 200
- Menger, Chr. F., Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, 1953
- Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 5. Auflage, 1932
- Meiß, Zur Frage der Zulässigkeit des Haftungsausschlusses in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen, VersR 60, 961
- Merz, Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen in: Festgabe für W. Schönenberger, 1968, S. 137
- Meyer-Hentschel, Die Landesausführungsgesetze zur Verwaltungsgerichtsordnung, DöV 59, 921
- Meyer-Ladewig, Über soziale Gerechtigkeit in unserer Rechtsordnung, MDR 63, 724
- Michel, Die allgemeinen Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, 1932
- Molony Report, Final Report of the Committee on Consumer Protection, 1962
- Mroch, Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Nr. 12, 1960
- Müller-Gries-Giessler, Kommentar zum GWB, 2. Auflage, 1967
- Müllereisert, Allgemeine Lieferungs- und Geschäftsbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand, 1932
- Müller-Henneberg-Schwartz, GWB, Gemeinschaftskommentar, 2. Auflage, 1963
- Naendrup, Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1966
- Nastelski, Zulässigkeit und Wirkung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DRiZ 55, 212
- Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, 1954
- Neumayer, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Der Beitrag von Lehre und Gerichtspraxis der Nordischen Staaten, Festschrift für F. Laufke, 1971, S. 150
- Nipperdey, H. C., Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920

- derselbe, Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, DRZ 50, 193
- derselbe, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, WuW 54, 211
- derselbe, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, Kartellrundschau, Heft 2, 1961
- Ostermeyer, Richter als Handlanger, in: Rasehorn, Ostermeyer, Huhn und Haase, Im Namen des Volkes? 1968, S. 127
- Ott, Die Rechtswirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 73, 297
- Pagenstecher, Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, DR 43, 976
- Palandt, BGB, Kommentar, 31. Auflage, 1972
- Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966
- Peter, Kritik der Geschäftsbedingungen, DR 38, 53
- Prölss-Schmidt-Sasse, Versicherungsaufsichtsgesetz, Kommentar, 6. Auflage, 1971
- Prost, Staatliche Einflußnahme auf Allgemeine Geschäftsbedingungen? BB 55, 1033
- Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, 3. Auflage, 1965
- Raiser, Gottfried, Die gerichtliche Kontrolle von Formularbedingungen im amerikanischen und deutschen Recht, 1966
- Raiser, Ludwig, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, unveränderter Neudruck, 1961 (a. a. O.)
- derselbe, Vertragsfreiheit heute, JZ 58, 1
- derselbe, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, 1966
- Rehbinder, Das Kaufrecht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1970 (a. a. O.)
- derselbe, Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, 1972
- Reichel, Das Schutzbedürfnis der negativen Koalitionsfreiheit, Teil I, Betr. 72, 2062
- Reinhardt, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954
- Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, 1961
- Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4. Auflage, 1949
- Roquette, Die Typisierung des Vertragsinhalts durch allgemeine Vertragsbedingungen, JW 38, 545
- Roscher, Vertragstheorie mit Herrschaftsfunktion? Zur Lehre von der Richtigkeitsgewähr des Vertrages, ZRP 72, 111
- Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, Lehrbuch, 10. neubearbeitete Auflage, 1969

- Roth, Vertragsfreiheit und formularmäßige Abdingung gesetzlicher Gewährleistung, JW 36, 2897
- Rühl, Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft, 1931
- Scheuner, Das Bundesverfassungsgericht und die Bindungskraft seiner Entscheidungen, DöV 54, 641
- Scheuner, Schüle, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Rechtsnormen und Rechtsschutz, VVdStRL Heft 11, 1
- Scheuner, Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung, DöV 56, 65
- Schlegelberger-Hefermehl, Kommentar zum HGB, 4. Auflage, III. Band, 1965
- Schmidt-Bleibtreu-Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 2. Auflage, 1970
- Schmidt, Rudolf, Die deutsche Zivilprozeßreform und ihr Verhältnis zu den ausländischen Gesetzgebungen, Zeitschrift für Politik 1908, 245
- Schmidt-Rimpler, Zum Problem der Geschäftsgrundlage in: Festschrift für H.C. Nipperdey, 1955, S. 1
- derselbe, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 130
- Schmidt-Salzer, Das Recht der Allgemeinen Geschäfts- und Versicherungsbedingungen, 1967
- derselbe, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Schriftenreihe der NJW, Heft 11, 1971 (a.a.O.)
- derselbe, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Formularkontrakte und unter wirtschaftlichem Druck geschlossene Verträge, NJW 67, 373
- derselbe, Formularmäßige Haftungsfreizeichnungen und Anspruchspauschalierungen, NJW 69, 289
- derselbe, Formularmäßige Gewährleistungsregelungen, NJW 69, 718
- derselbe, Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, NJW 70, 8
- derselbe, Grundfragen des Vertragsrechts im Zivil- und Verwaltungsrecht, NJW 71, 5
- derselbe, Rechtspolitische Grenzen der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit, NJW 71, 173
- derselbe, Allgemeine Geschäftsbedingungen, NJW 71, 1010
- derselbe, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Bilanz und rechtspolitische Folgerungen, 1973
- Schneider, Beschränkung von Gewährleistungsrechten in allgemeinen Lieferungsbedingungen, NJW 54, 133
- Schoreit, Zwingendes Recht gegen "Allgemeine Geschäftsbedingungen", MDR 64, 206
- Schreiber, Die rechtliche Beurteilung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 67, 1441
- Schwimann, Die Institution der Geschäftsfähigkeit, 1965

- Sconamiglio, Contratti in generale, 1961
- Sebba, Bedeutung und Wirksamkeit autonomer Vertragsbedingungen im Verkehrsrecht, Druckschriften des Deutschen Anwaltsvereins, Heft 33, 1931
- Shulkin, Unconscionability, The code, the court and the consumer: Boston College Industrial and Commercial L.Rev. 9 (1968) S.377
- Simitis, S., Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957
- Starke, Die AVB in unserem Rechtssystem, VersR 66,889
- Staudinger-Coing, Allgemeiner Teil, Band 1, 11. Auflage, 1957
- Strickrodt, Das Kartellverbot in verfassungsrechtlicher Betrachtung, NJW 55,1697
- Stoldt, Normative Kraft der Allgem. Dt. Spediteurbedingungen (ADSp) und der Allg. Lagerbedingungen des dt. Möbeltransports (ALB), MDR 51,141
- Thomas-Putzo, ZPO, Kommentar, 6. Auflage
- Ule, Normenkontrolle, Verfassungsbeschwerde und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 53,12
- Vassel, Einflußnahme des Staates auf die Ausgestaltung von AVB, 1971
- Wacke, Verbot der Gerichtsstandsvereinbarung, ZRP 70,244
- Weber, Max, Rechtssoziologie, 2. überarbeitete Auflage, 1967
- Weber, Wilhelm, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Eine rechtliche Gesamtdarstellung, 1967 (a. a. O.)
- derselbe, Zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 68,1
- derselbe, Anmerkung zu BGH NJW 69,230 in NJW 69,460
- derselbe, Grundfragen zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Teil I bis IV, Betr. 70,2355,2417; Betr. 71,129,177
- derselbe, Besprechung zu: Schmidt-Salzer, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 1971 in JZ 72,326
- Werndl, Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. Würzburg, 1957
- Westermann, Objektivierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Umwandlung in objektives Recht, NJW 63,1586
- Wiedemann, Die deutschen Gewerkschaften - Mitgliederverband oder Berufsorgan? RdA 69,330
- Wolf, Anmerkung zu LG Freiburg JZ 73,90 in JZ 73,92
- Wolff, H.J., Gedenkschrift für W. Jellinek, S.33
- Zacherl, Neue Wege der Rechtsgestaltung, DR 34,184
- Zöllner, Vertragsfreiheit und Bindung an den Typus im ehelichen Güterrecht, FamRZ 65,113
- Zuck, Bundeskartellamt und Wirtschaftspolitik, NJW 71,1633

Antwort des Bundesministers der Justiz auf eine Kleine Anfrage im Bundestag, BT-Drucksache VI-3457

"Bericht zur Verbraucherpolitik" der Bundesregierung vom 18. 10. 72,
BT-Drucksache VI-2724

Deutscher Juristentag,

v. Brunn, Hildebrandt, Möller, Raiser, Schmid-Loßberg und Stoldt in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentags 1953, Band II (Sitzungsberichte), 1956, Streitgespräch über Zulässigkeit und Wirkung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und ihre Behandlung nach Vertragsgrundsätzen, Berichte des 41. Deutschen Juristentages II E 1 ff.

Förhandlingarna a det 21 nordiska jurismötet, Vammala, 1959

(Verhandlungen des 21. Nordischen Juristentags von 1957)

Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, Rechtspolitischer Kongreß der SPD vom 5., 6. und 7. Mai 1972 in Braunschweig, Dokumentation, Arbeitsgemeinschaft A. Beiträge von Ramm, Brandner, Däubler und Rasehorn

Richterliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1968;
Verhandlungen der Fachgruppen für Grundlagenforschung und Zivilrechtsvergleichung anlässlich der Tagung für Rechtsvergleichung in Berlin vom 27. bis 30. September 1967 mit Abhandlungen von Hauss, Lando, Merz, Neumayer, L. Raiser und Yadin

Rechtspolitische Programmentwürfe:

- "Rechtspolitisches Programm zum Schutz vor AGB" der ASJ, Unterbezirk Hessen-Süd (ZRP 70, 190)
- Vorschlag der ASJ, Bezirk Mittelrhein, in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 81
- "Entwurf eines Gesetzes über die Genehmigungspflicht von Allgemeinen Geschäftsbedingungen" der ASJ Südbayern (in ZRP 72, 148 sowie in: Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft, 1972, S. 78)

Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts für 1959, WuW-Schriftenreihe, Heft 8

Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts für 1968, BT-Drucksache V-4236

Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts für 1970, BT-Drucksache VI-2380

Entwurf eines Gesetzes über die Genehmigungspflicht von
Allgemeinen Geschäftsbedingungen der ASJ Südbayern.

- § 1 Allgemeine Geschäftsbedingungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung nach den Vorschriften dieses Gesetzes sowie der erklärten Einigung der beteiligten Vertragsparteien über ihre Anwendung im Einzelfall.
- § 2 Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne dieses Gesetzes sind alle schriftlichen Willenserklärungen, die jemand in Abweichung oder in Ergänzung der geltenden Gesetze zur Regelung rechtlicher oder tatsächlicher Fragen für eine unbestimmte Zahl von Verträgen mit typischem Vertragsinhalt sowie mit unbestimmten Vertragspartnern im vornhinein festlegt mit der Absicht, sie diesen Verträgen zugrunde zu legen.
- § 3 Allgemeine Geschäftsbedingungen dürfen einem Vertrag nur zugrunde gelegt werden, wenn sie das durch allgemeine Gesetze geregelte ausgeglichene Verhältnis zwischen beiderseitigen Rechten und Pflichten der beteiligten Vertragsparteien nicht einseitig und zuungunsten der Partei beeinträchtigen, die ihnen unterworfen werden soll.
- § 4 Als Beeinträchtigung im Sinne der vorangegangenen Vorschrift gilt insbesondere die Verwendung folgender Bestimmungen, sofern sie nicht durch besondere Umstände gerechtfertigt sowie durch angemessene Gegenleistungen ausgeglichen werden:
- a. die Beschränkung der Sachmängelhaftung auf ein Nachbesserungsrecht;
 - b. die Umkehr der gesetzlichen Beweislastverteilung;
 - c. das Verbot der Aufrechnung;
 - d. der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts;
 - e. etc.
- § 5 Durch Allgemeine Geschäftsbedingungen darf in keinem Fall eine der folgenden Regelungen vereinbart werden:
- a. eine vom gesetzlichen Erfüllungsort oder Gerichtsstand abweichende Gerichtsstandsklausel;
 - b. ein Ausschluß jeglicher Haftung;
 - c. ein einseitiges Rücktrittsrecht des Aufstellenden;
 - d. ein Ausschluß der Wirksamkeit mündlicher Nebenabreden;
 - e. etc.

- § 6 Die Genehmigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist bei der Bundesanstalt für Verbraucherschutz zu beantragen. Dem Antrag ist ein Entwurf der beabsichtigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen beizufügen.
- § 7 Die Bundesanstalt für Verbraucherschutz wird als Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet. Sie unterliegt der Fachaufsicht des Bundesministers der Justiz. Sie gliedert sich in folgende Organe:
- a. den Verwaltungsrat;
 - b. den Vorstand;
 - c. die Genehmigungskammern;
 - d. den Verbraucheranwalt.
- § 8 Die Mitglieder dieser Organe, von denen zumindest der Vorsitzende der Genehmigungskammer die Befähigung zum Richteramt haben muß, werden von einem Wahlausschuß auf die Dauer von 4 Jahren ernannt; die Wiederwahl ist zulässig. Das Vorschlagsrecht für die Ernennung haben:
- a. die Gewerkschaften;
 - b. die Verbraucherverbände;
 - c. die Spitzenverbände des Handels und der Industrie;
 - d. die Bundesrechtsanwaltskammer;
 - e. die im Deutschen Bundestag vertretenen politischen Parteien.
- § 9 Die Genehmigungskammern bestehen aus dem Vorsitzenden und zwei Beisitzern, von denen je einer von den Gewerkschaften oder Verbraucherverbänden sowie von den Spitzenverbänden des Handels und der Industrie benannt sein sollte.
- § 10 Der Verbraucheranwalt wird vom Deutschen Bundestag im Einvernehmen mit dem Wahlausschuß bestellt.
- § 11 In dem Antrag sind die beabsichtigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu erläutern. Das Bedürfnis für die vom Gesetz abweichenden Regelungen, insbesondere bei Verwendung einer der in § 4 genannten Bestimmungen ist zu begründen; der Interessenausgleich ist im einzelnen darzulegen.
- § 12 Der Antrag ist vom Vorsitzenden der zuständigen Genehmigungskammer dem Verbraucheranwalt zur Stellungnahme weiterzuleiten. Verstößt der Antrag offenkundig gegen die in den §§ 3 bis 5 niedergelegten Grundsätze, so kann er mit Beschluß zurückgewiesen werden. Der Beschluß ist kurz zu begründen.

- § 13 In anderen Fällen beraumt der Vorsitzende der Genehmigungskammer einen Termin zur Anhörung des Antragstellers und des Verbraucheranwalts an. Die Verhandlung ist schriftlich soweit vorzubereiten, daß der Antrag nach Möglichkeit in einem Termin abschließend beraten werden kann. Die Genehmigungskammer hat dabei von Amts wegen die zur Feststellung von Tatsachen erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen.
- § 14 Die Genehmigungskammer kann zu der Verhandlung Sachverständige hinzuziehen. Der Antragsteller und der Verbraucheranwalt können weitere Sachverständige benennen; über ihre Hinzuziehung entscheidet die Genehmigungskammer.
- § 15 Von der mündlichen Anhörung kann in einfach gelagerten Fällen abgesehen werden, insbesondere dann, wenn der Antrag mit bereits genehmigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen übereinstimmt. Bei geringfügigen Abweichungen ist der Antragsteller auf die Möglichkeit der Übernahme hinzuweisen.
- § 16 In der Anhörung soll darauf hingewirkt werden, daß die beantragten Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit den in den §§ 3 bis 5 niedergelegten Grundsätzen übereinstimmen. Ist dies am Schluß der Verhandlung der Fall, so erteilt die Genehmigungskammer dem Antragsteller die Genehmigung, seinen Vertragsangeboten die genehmigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde zu legen.
- § 17 Die Genehmigung ist im Falle der Vervielfältigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen deutlich sichtbar auf dem Vertragsformular, und zwar unmittelbar über der Unterschrift, mit abzudrucken. An der gleichen Stelle ist deutlich sichtbar darauf hinzuweisen, daß die Genehmigung ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Einzelfall ist und daß sie insbesondere einer gerichtlichen Überprüfung nicht entgegensteht.
- § 18 Genehmigte Allgemeine Geschäftsbedingungen sind dem Zentralregister bei der Bundesanstalt für Verbraucherschutz vorzulegen und in einer eigens hierfür bestimmten Amtlichen Sammlung zu veröffentlichen. Sie können hierbei mit einer Begründung versehen werden.
- § 19 Gegen die Versagung der Genehmigung, die durch begründeten Beschluß auszusprechen ist, kann der Antragsteller Beschwerde zu dem Oberlandesgericht einlegen, das für den Sitz der Bundesanstalt zuständig ist. In gleicher Weise steht dem Verbraucheranwalt die Beschwerde gegen die erteilte Genehmigung zu.

- § 20 Die Beschwerde muß innerhalb eines Monats beim Beschwerdegericht eingegangen sein; sie ist innerhalb eines weiteren Monats durch einen bei diesem Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt schriftsätzlich zu begründen.
- § 21 Hat ein ordentliches Gericht im Rahmen eines anhängigen Rechtsstreits auch über die Wirksamkeit von genehmigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu entscheiden, so soll es dem Verbraucheranwalt mitteilen, sofern es Zweifel an der rechtlichen Gültigkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat. Dem Verbraucheranwalt steht in diesem Fall auch nach Ablauf der in § 20 genannten Fristen ein eigenes Beschwerderecht zu.
- § 22 Machen weder der Antragsteller noch der Verbraucheranwalt von ihrem Beschwerderecht Gebrauch, so können die Spitzenverbände des Handels und der Industrie gegen die Versagung der Genehmigung und die Verbraucherverbände und die Gewerkschaften gegen die Erteilung innerhalb der Frist des § 20 eigene Beschwerden einlegen.
- § 23 Wer nicht genehmigte Allgemeine Geschäftsbedingungen, auch mit Einverständnis seines Vertragspartners, benutzt oder von genehmigten Allgemeinen Geschäftsbedingungen zuungunsten seines Vertragspartners abweicht, kann wegen einer Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu DM ... belegt werden. Die abgeschlossenen Verträge werden hierdurch in ihrer Wirksamkeit nicht berührt; an Stelle der ungültigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gilt das Bürgerliche Gesetzbuch.
- § 24 Durch Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts kann weder die Genehmigungspflicht umgangen noch die Ordnungswidrigkeit ausgeschlossen werden. Formularverträge und Typenverträge stehen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gleich.

Auszug aus den, einander gegenübergestellten, Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Ankauf bzw. den Verkauf von gebrauchten Kraftfahrzeugen ein und desselben Unternehmens.

A. Geschäftsbedingungen für den Ankauf gebrauchter Kraftfahrzeuge.

.....

V. Lieferung

1. Der Verkäufer ist verpflichtet, eine vereinbarte Lieferfrist einzuhalten. Wird der vereinbarte Liefertermin um mehr als vier Tage überschritten, so hat der Käufer das Recht, dem Verkäufer eine Nachfrist von vier Tagen zu setzen. Wird der Kaufgegenstand vom Verkäufer auch dann nicht bis zum Ablauf der Nachfrist geliefert, so kann der Käufer durch schriftliche Erklärung vom Vertrag zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Bei schuldhafter Nichterfüllung ist der Käufer berechtigt, entweder seinen tatsächlichen Schaden geltend zu machen oder 15 % des vereinbarten Kaufpreises als Entschädigung zu fordern, ohne daß der Schaden nachgewiesen werden muß.
2. Stellt sich vor oder bei Abnahme des Gebrauchtwagens heraus, daß der Verkäufer ihn nicht in der umseitig zugesicherten Beschaffenheit liefern kann, z. B. infolge eines Unfalles, ist der Käufer berechtigt, die Abnahme zu verweigern und ohne Fristsetzung vom Vertrage zurückzutreten.
3. War die Anrechnung des Kaufpreises für den Gebrauchtwagen auf den Kaufpreis aus einem Neuwagengeschäft vereinbart, so wird der Neuwagenvertrag durch vorstehende Rücktrittserklärungen oder Schadensersatzforderung nicht berührt.

.....

VII. Gewährleistung

1. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer sämtliche Mängel des Kaufgegenstandes zu offenbaren. Er haftet dem Käufer nach den Vorschriften des BGB über die Gewährleistung für alle Schäden und Ansprüche aus verschwiegenen Mängeln, unrichtigen Angaben oder wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften.
2. Der Verkäufer hat den Käufer von allen Ansprüchen freizustellen, die Dritte aus Rechten an dem Kaufgegenstand geltend machen.

.....

- B. Geschäftsbedingungen für den Verkauf von gebrauchten Kraftfahrzeugen und Anhängern.

.....

V. Lieferung

1. Der Verkäufer ist verpflichtet, eine vereinbarte Lieferfrist einzuhalten. Wird der vereinbarte Liefertermin um mehr als 2 Wochen überschritten, so hat der Käufer das Recht, dem Verkäufer schriftlich eine Nachfrist von 2 Wochen zu setzen. Wird der Kaufgegenstand vom Verkäufer auch dann nicht bis zum Ablauf der Nachfrist geliefert, so kann der Käufer durch schriftliche Erklärung vom Vertrag zurücktreten. Die vorgenannten Fristen entfallen nur bei ausdrücklicher schriftlicher Vereinbarung.
2. Hält der Verkäufer vorsätzlich oder grob fahrlässig verbindlich zugesagte Liefertermine nicht ein, so ist er dem Käufer zum Ersatz des aus der Nichteinhaltung entstandenen Schadens verpflichtet. Im übrigen ist ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung oder wegen Verzuges ausgeschlossen.
3. Die Lieferfrist beginnt mit der Bestätigung der Bestellung.

.....

VII. Gewährleistung

1. Für den Kaufgegenstand wird keine Gewähr geleistet. Dies gilt nicht, wenn und soweit der Verkäufer schriftlich in einem gesonderten Garantieschein eine Gewährleistung übernimmt.
2. Ein Anspruch auf Wandlung, Minderung oder Schadensersatz besteht nicht.

Fragebogen

1. Ein Ersatz der Antriebswellen (sofern rechts und links zu verschiedenem Zeitpunkt dies bitte auch getrennt angeben) an Ihrem R 4 (gegebenenfalls R 16) wurde notwendig bei:
 - a. rechte/linke¹⁾ Welle bei km-Stand
und Monate nach Erstzulassung.
 - b. rechte/linke¹⁾ Welle bei km-Stand
und Monate nach Erstzulassung.
 - c. rechte/linke¹⁾ Welle bei km-Stand
und Monate nach Erstzulassung.
 - d. rechte/linke¹⁾ Welle bei km-Stand
und Monate nach Erstzulassung.
2. Sind Sie Erstbesitzer Ihres R 4 ? ja/nein¹⁾
Falls nein: Wieviele Vorbesitzer hatte Ihr R 4 ?
3. War Ihr R 4 vor dem Schaden an den Antriebswellen in einen Unfall verwickelt ? ja/nein¹⁾
4. Sind Sie alleiniger Fahrer Ihres R 4 ? ja/nein¹⁾
Falls nein: Wieviele Personen fahren Ihren R 4 ?
5. Wie wurde Ihr R 4 überwiegend gefahren:
 - a. temperamentvoll¹⁾
 - b. normal
 - c. gemächlich
6. Die Kosten für den Ersatz der Antriebswellen Ihres R 4 beliefen sich im Schadensfall
 - 1 a. auf insges. DM
 - 1 b. auf insges. DM
 - 1 c. auf insges. DM
 - 1 d. auf insges. DM

Wieviel Kulanz wurde Ihnen darauf jeweils gewährt?

(gewährte Kulanz in DM oder in % vom Gesamtkostenbetrag oder z. B. Angabe: "Ersatzteile gingen auf Kulanz") Im

Schadensfall	1 a. :	
Schadensfall	1 b. :	
Schadensfall	1 c. :	
Schadensfall	1 d. :	

Fragebogen

7. Wurden Sie von Ihrer Renaultvertragswerkstatt von vorneherein auf die Kulanzmöglichkeit aufmerksam gemacht? ja/nein¹⁾
8. Inwieweit haben Sie sich um Kulanz bemüht?
- a. Hartnäckige Bemühungen bzw. "Schreibkrieg"¹⁾
 - b. Mit normaler Ausdauer (ca. zweimaliges Vorsprechen)
 - c. Nach einmaligem abschlägigem Bescheid aufgegeben
9. Haben Sie schon früher einen PKW der Fa. Renault gefahren?
Falls ja: wieviele PKW's ja/nein¹⁾
10. Würden Sie sich noch einmal ein Fahrzeug der Fa. Renault kaufen?
..... ja/nein¹⁾
11. Ihr Beruf

1) Unzutreffendes bitte streichen.

Fragebogen

1. Ein Ersatz der Antriebswellen (sofern rechts und links zu verschiedenen Zeitpunkten dies bitte auch getrennt angeben) an Ihrem R 4 wurde notwendig:
a. rechte/linke¹⁾ Welle bei km-Stand und vor/nach¹⁾ d. 1.4.71
und Monate nach Erstzulassung
b. rechte/linke¹⁾ Welle bei km-Stand und vor/nach¹⁾ d. 1.4.71
und Monate nach Erstzulassung
c. rechte/linke¹⁾ Welle bei km-Stand und vor/nach¹⁾ d. 1.4.71
und Monate nach Erstzulassung
2. Sind Sie Erstbesitzer Ihres R 4 ? ja/nein¹⁾
3. War Ihr R 4 vor dem Schaden an den Wellen in einen Unfall verwickelt ? ja/nein¹⁾
4. Wieviele Personen fahren Ihren R 4 ständig ?
5. Wie wurde Ihr R 4 überwiegend gefahren ?
a. temperamentvoll¹⁾
b. normal
c. gemächlich
6. Die Kosten für den Ersatz der Antriebswellen Ihres R 4 beliefen sich auf:
im Schadensfall 1 a. insges. DM
im Schadensfall 1 b. insges. DM
im Schadensfall 1 c. insges. DM
Wieviel Kulanz wurde Ihnen darauf jeweils gewährt ?
(gewährte Kulanz in DM oder z. B. Angabe: "Ersatzteile gingen auf Kulanz")
im Schadensfall 1 a. : DM
im Schadensfall 1 b. : DM
im Schadensfall 1 c. : DM
7. Wann wurde Ihnen der Kulanzbetrag von Renault erstattet ?
sofort / nach Wochen¹⁾
8. Wurden Sie von Ihrer Renaultvertragswerkstatt von vorneherein auf die Möglichkeit einer Kulanzregelung aufmerksam gemacht ? ja/nein¹⁾

Fragebogen

9. Inwieweit haben Sie sich um Kulanz bemüht?

- a. Hartnäckige Bemühungen bzw. "Schreibkrieg"¹⁾
- b. Mit normaler Ausdauer (ca. 2-maliges Vorsprechen)
- c. Nach einmaligem abschlägigem Bescheid aufgegeben

10. Haben Sie schon früher einen PKW der Fa. Renault gekauft?

ja/nein¹⁾

Falls ja: Wieviele Renault-Fahrzeuge?

.....

11. Ihr Beruf:

1) Unzutreffendes bitte streichen.

Lebenslauf

Ich wurde am 9. Mai 1944 als Sohn des Kurt-Joachim Wagner und seiner Ehefrau Helga, geb. Giese, in Bayrischzell/Oberbayern geboren.

In Frankfurt/Main besuchte ich von 1950 bis 1954 die Volksschule und von 1954 bis 1963 das Wöhler-Realgymnasium. Nach bestandem Abitur sowie nach anschließender dreijähriger Bundeswehr-Dienstzeit begann ich im Sommersemester 1966 das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Gießen. Zwei Semestern in Gießen schlossen sich jeweils drei Semester an den Universitäten in Tübingen und München an.

Im Sommer 1970 legte ich die erste juristische Staatsprüfung an der Universität München ab.

Seit September 1970 bin ich Rechtsreferendar am Oberlandesgericht München.

